ENRIQUE AHRENS.

ENCICLOPEDIA JURÍDICA

Ó EXPOSICION ORGÁNICA

DE LA CIENCIA DEL DERECHO Y EL ESTADO.

VERSION DIRECTA DEL ALEMAN,

aumentada con notas críticas y un estudio sobre la vida y obras del autor,

POR

FRANCISCO GINER,

GUMERSINDO DE AZCÁRATE Y AUGUSTO G. DE LINARES,

Profesores en la *Institucion libre de enseñanza*.

TOMO III.

MADRID:

LIBRERÍA DE VICTORIANO SUAREZ, JACOMETREZO, NÚM. 72.

1880.

IMPRENTA DE JOSÉ MARÍA PEREZ, CORREDERA BAJA, NÚM. 41.

LIBRO TERCERO.

SISTEMA DEL DERECHO PRIVADO; SUS PRINCIPIOS Y FUNDAMENTOS FILOSÓFICO-JURÍDICOS DEL DERECHO POSITIVO PARA ARMONIZAR EL DERECHO ROMANO Y EL GERMÁNICO ACTUAL.

INTRODUCCION.

CONCEPTO, FIN, DIVISION Y MÉTODO.

§. 1.—Concepto del derecho privado y objeto de la presente exposicion.

1. Ya en otro lugar (1) se ha definido la idea del derecho privado en su distincion con el público. Como entonces se dijo, esta oposicion no constituye una division de materias, ya que muchas materias pertenecen igualmente á ambas esferas, aunque en diverso respecto (2), sino tan sólo dos dife-

(1) V. p. 168, etc., t. I.

(2) Con más razon que la mayoría de los jurisconsultos positivos dice por esto Blume en su *Enciclopedia*, parte II, p. 1: "El derecho privado no es sólo aquel de que es capaz exclusivamente el indivíduo, sino tambien el que puede pertenecer de igual manera al Estado que á las personas privadas. Con esto se reconoce al par la existencia de muchas teorías é instituciones comunes, que penetran proporcionadamente en ambas esferas jurídicas y sin las cuales no puede hablarse siquiera de la verdadera unidad de todo derecho."—Pero Blume opina "que estos principios comunes no pueden separarse fundadamente del gran todo;" sino que "han de establecerse en el derecho privado,

rentes modos y sentidos en la realizacion del Derecho. El privado forma el todo de las reglas segun las cuales los miembros particulares del Estado en tal concepto, como particulares é independientemente, pueden ordenar las relaciones de su vida por *sí mismos* y *para sus fines* peculiares; debiendo entenderse bajo esta denominacion de «miembros» no sólo los indivíduos físicos, sino tambien las familias y municipios, pues que poseen igualmente una esfera jurídica privada (1). El derecho público es, por el contrario, el conjunto de reglas que dirigen las *mútuas* relaciones de todos los miembros y organismos del órden social, en vista de la *comunidad* de su vida y fines y de un modo que obliga la libertad de todos (2). Resulta de esta concepcion el principio, perfectamente acorde con la realidad, de que toda persona física ó moral, el indivíduo, la familia, el municipio, las sociedades y corporaciones especiales, el Estado mismo, se hallan, por una parte, en relaciones de derecho privado, y por otra, en relaciones de derecho público, segun que se les considera en sí mismos y en su particularidad ó en la mútua

---

como la esfera más desarrollada de nuestra ciencia jurídica, suponiéndose en el público como ya conocidos y suficientemente fundados." La ciencia jurídica necesita, sin embargo, una parte general, eminentemente filosófica, que exponga las bases comunes, principal objeto de la Filosofía del Derecho.

(1) Sobre el importante aspecto privado del municipio, véase REYSCHER en la *Revista de jurisprudencia alemana (Zeitschrift für D. R. u. R.-W.)*, t. XVI, núm. 1.º

(2) La opinion de BLUNTSCHLI en su *Ojeada crítica (Krit. Ueberschau u. s. w.*, t. III, núm. 2.º, 1855) que considera á la familia y al municipio como instituciones mediadoras y de transicion entre el Derecho privado y el público, no puedo estimarla como adecuada á la naturaleza de las cosas. El indivíduo se halla en relaciones públicas tanto como aquellas personas morales: el principio es siempre el mismo; sólo varía naturalmente su aplicacion, segun la clase de personas.

accion y reaccion de todas las partes. Por esto, las varias esferas del derecho privado tienen tambien su lado público, no sólo porque se hallan bajo la proteccion de este derecho, sino en cuanto el mismo con sus preceptos vela en todas ellas por los intereses y fines de la comunidad, en cuyo cumplimiento toman á su vez parte aquellos otros miembros (1). La ciencia jurídica romanista ha pretendido, siguiendo el carácter abstracto del derecho civil romano, separar todo lo más posible las diversas relaciones públicas de las privadas, viendo en esto un progreso sobre el derecho germánico, que enlaza ambas esferas en muchos sentidos. Pero, aun sin desconocer la necesidad de limitar convenientemente ambos órdenes, tanto en la vida como en la ciencia, y las faltas que el sistema germánico haya podido cometer en este punto, el principio aleman es, sin embargo, el único acertado y sólo requiere un desenvolvimiento cien-

(1) Sobre las antiguas definiciones del derecho privado, véase UNGER, *Sistema del Derecho general privado de Austria (System des oesterr. allgem. Privatrechts*, p. 1, etc.). Unger, siguiendo á THÖL en su *Introduccion al Derecho privado (Einleitung in das d. P. R.* §. 44), define á éste como «el conjunto de principios que dirigen las relaciones jurídicas de las personas privadas; esto es, las relaciones en que se hallan las personas como sugetos del derecho de bienes y miembros de la familia.» La completa insuficiencia de esta definicion nace de nuestras explicaciones. Véase tambien á BERGER, *Datos críticos para la teoría del Derecho general privado de Austria (Kritische Beiträge zur Theorie des österr. allg. P. R.*, 1856).—VÄCHTER, en su *Manual del Derecho privado wurtembergués (Handbuch des würtemb. P. R.*, 1839), llega á dudar de la posibilidad de establecer un concepto positivo del derecho privado, queriendo definirlo sólo de una manera negativa, como aquel derecho que no es derecho político. Pero es lo cierto, que tan difícil de definir como aquel es el derecho político (el cual, además, no es idéntico con el público: V. la p. 171, t. I). Semejante opinion de un jurisconsulto tan eminente no puede considerarse más que como una prueba de la imposibilidad de hallar una definicion correspondiente á la vida real por el camino de la abstraccion ó del completo divorcio entre ambas esferas.

tífico más preciso. Por último, debe reputarse tambien exigencia esencial de nuestro tiempo la de estrechar más íntimamente los vínculos entre una y otra esfera, á fin de despertar en todos los órdenes de la vida privada el sentido de la comunidad y el espíritu público.

2. El fin de la presente exposicion es presentar el derecho privado tan sólo en sus rasgos fundamentales, y desarrollando especialmente y, si es posible, con mayor precision los conceptos de todas las materias más importantes, atendiendo á las cuestiones que á ellas se refieren, ofreciendo de este modo una introduccion enciclopédica en esta esfera del Derecho. En cuanto á la exposicion en sí misma, vá guiada por tres puntos de vista. Ante todo, se trata cada institucion importante en su naturaleza interna de un modo filosófico-jurídico, esto es, atendiendo al fin al cual está destinada á servir en la vida humana; de suerte que, merced á esta determinacion fundamental, el concepto final, la idea teleológica, halle aplicacion práctica en la ciencia del Derecho, que habia hasta ahora permanecido agena á ella. Este desenvolvimiento filosófico-jurídico no ha de ser, sin embargo, meramente ideal; sino que ha de tener constantemente en cuenta el derecho positivo comun, en lo cual consiste el segundo punto de vista. Pero el derecho positivo es romano y germánico, y en estos se apoyan los códigos modernos en su evolucion progresiva. Ahora bien, uno y otro derecho deben exponerse, no en su unidad exterior, tal como en la vida se ha ido formando al enlazarlos entre sí: empresa esta (1) merito-

(1) Este juicio me merece, á pesar de su falta de base filosófico-jurídica, el ensayo que, prosiguiendo un fin análogo al que antes se habian propuesto Rosshirt, y A. C. J. Schmid, ha hecho Blume en su *Enciclopedia del Derecho vigente en Alemania. (Encyclopädie der in Deutschland geltenden Rechte*, 3 vol., 1847-55) y que no ha sido juzgada con arreglo á su mérito por Warnkönig en su *Enciclopedia*, p. 356.

ria, que ya se ha iniciado y se cumplirá todavia más en lo venidero, pero que excede del fin, harto más restringido, de nuestro trabajo. Lo que en éste debe exponerse son tan sólo los conceptos fundamentales filosófico-jurídicos, juzgando conforme á ellos los que en las principales materias ofrecen el derecho romano y el germánico, comparándolos entre sí é indicando las opiniones reinantes, en la práctica ó en los códigos modernos: con todo lo cual resaltará á menudo que los conceptos de uno y otro derecho vienen á ser especies de un concepto genérico más ámplio, hallado por la Filosofía del Derecho (1). Por último, en tercer lugar, debe señalarse, al juzgar las teorías fundamentales romanas y germánicas y notar cuáles son las más adecuadas á las relaciones de la vida, el sentido en que ha de dirigirse el progreso de la ciencia y de la legislacion.

Semejante aplicacion de la Filosofía del Derecho al derecho positivo, pone los cimientos de una *Filosofía del Derecho positivo*, no meramente *crítica*, sino constructiva, y alcanzará para aquella ciencia un influjo real en la formacion de la del derecho positivo, ya merced á un procedimiento más metódico, ya principalmente á la más profunda determinacion de las doctrinas y á la más precisa definicion de los conceptos. Y aun todavia más servirá esta tendencia práctica para preparar una nueva legislacion y mantener y perfeccionar los códigos modernos en el buen espíritu, merced

(1) A esto aspira IHERING en los *Anales de dogmática del Derecho privado actual romano y germánico* (*Jahrbüchern für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts*, 1856, núm. 1.°) al decir: "el concepto genérico de la obligacion, que el romanista (?) expone, debiera ser tan ámplio que abrazase las dos especies del derecho romano y el germánico; y sólo despues de desarrollado este concepto genérico, deberia el romanista aplicarse á la especialidad que exclusivamente le corresponde. Tal como hoy van las cosas, tiene la ciencia dos especies sin género, dos mitades sin todo."

al cual se han elevado sobre el derecho comun, á favor del importante auxilio de la Filosofía del Derecho. A su vez, reanuda ésta sus propias tradiciones, en parte interrumpidas por el derecho natural formalista, que casi no hizo más que razonar abstractamente los principios romanos; y si antes ayudó de un modo poderoso al espíritu germánico, y en general á la vida moderna, para contener y rectificar tantas ideas romanas estrechas, tiene hoy tambien que preservar al derecho germánico, necesitado de nueva sávia científica, y á los códigos modernos, del peligro, todavia no enteramente alejado, de un retroceso al romanismo, cooperando con todas sus fuerzas á acabar por completo con el derecho romano, como derecho vigente, y á fundar un derecho unitario comun.

§. 2.—Division del sistema del Derecho privado.

El sistema del Derecho privado se divide convenientemente en dos partes: una general y otra especial (1). La primera (que no debe confundirse con el derecho general privado) tiene por objeto exponer los conceptos fundamentales y elementos comunes que se ofrecen en todas las relaciones jurídicas, considerando por separado á cada uno en su naturaleza esencial, ó en otros terminos: mostrar, en una teoría sumaria, los elementos de que todas aquellas relaciones se hallan penetradas «como de una atmósfera ideal», segun la frase de Puchta.—Estos elementos son: 1) El principio *objetivo* del derecho, que se manifiesta en el Derecho privado

(1) Sobre la necesidad de una parte general, véanse SAVIGNY, *Sist. del Der. rom. act. (System d. h. r. R.*, t. I, p. 390, etc.) UNGER, *o. c.*; BERGER, *Datos críticos, etc. (Kritische Beiträge*, p. 15.)—En todo caso, me parece conveniente colocar en la ENCICLOPEDIA JURÍDICA una ojeada á esta parte general, cuando dicha ENCICLOPEDIA se halla colocada, como es debido, al comienzo de los estudios jurídicos.

mediante sus máximas y preceptos y que han de estudiarse; *a) en sí mismos* y en relacion con los preceptos éticos que á ellos corresponden; *b)* en sus *fuentes*, y *c)* en su *aplicacion*, tanto por lo que respecta á los medios intelectuales para este fin (interpretacion y suplemento de los principios), como en punto á los límites personales (naturales y extranjeros), temporales y territoriales de dicha aplicacion; 2) El *sugeto* del derecho, ó sean las personas, ya individuales, ya colectivas ó jurídicas (1); 3) El *objeto*, ó asunto del derecho que comprende las cosas (en extricto sentido) y los actos; 4) La *relacion* general de estos tres elementos entre sí, ó sea, el Derecho privado como derecho subjetivo en su contenido, extension y ejercicio; 5) El *origen* y *terminacion* de los derechos; 6) La *proteccion* de éstos; 7) La *posesion*, como relacion protegida jurídico subjetiva de una persona con un objeto.

De estas materias, que constituyen la parte general del derecho privado, se han explicado ya, en la parte general de la ENCICLOPEDIA (2), aquellas que se refieren á todo el derecho en sus varias esferas, como son el desenvolvimiento del principio objetivo de éste, la doctrina de las fuentes, etc. Sólo hay que exponer aquí sumariamente los fundamentos generales, con especial aplicacion al derecho privado.

La parte especial de éste, ó hablando con más precision, el derecho privado *aplicado* se subdivide á su vez en *general* y *especial*. La primera, abraza las relaciones jurídicas en que *todas* las personas pueden, como tales, hallarse por respecto á las cosas y á las pretensiones y obligaciones. El derecho general privado comprende pues: 1) El derecho general de las *personas*, que concierne á las relaciones generales de to-

(1) Sobre la impropiedad de estas denominaciones, recuérdese lo expuesto en el t. I, p. 43, nota.—(*N. T.*)

(2) Libro I, t. I.

das éstas en su vida y fines; 2) El de las *cosas*, ó sean las relaciones é instituciones posibles tocante á éstas; 3) El derecho general de las *pretensiones* y *obligaciones*, que regula las relaciones en que todas las personas pueden hallarse con ciertas otras. Estas dos últimas partes son las que suelen comprenderse, aunque muy limitadamente, en una unidad comun bajo la denominacion de derecho de bienes (1).

El Derecho privado especial abraza el de las particulares *esferas* de la vida en su aspecto jurídico privado. Estas esferas son de dos clases, segun que comprenden á las personas en todas las relaciones de su vida ó sólo en vista de determinados fines. A las primeras pertenecen la familia, cuyo fin es el vínculo mismo, y la localidad ó municipio que enlaza territorialmente á familias é indivíduos en todas sus relaciones sociales y que no es sólo un organismo particular y político social del Estado, sino tambien un centro de relaciones jurídicas privadas (2). La segunda clase de esferas se constituye segun los fines capitales de la vida humana y comprende el derecho de los indivíduos, de las asociaciones y especialmente de las clases permanentes, como profesiones, por respecto á la prosecucion de dichos fines; perteneciendo á este órden el derecho privado de la religion y su comunidad ó iglesia, el de la educacion y la enseñanza, el de la moralidad y el de la vida económica, que es el más formado hasta hoy y que comprende tres subdivisiones determinadas segun las funciones de la produccion y del comercio, como son el derecho relativo á la agricultura y clases agrícolas, el de las industrias técnicas y sus respectivas profesiones y el del comercio.—Cuando cualquiera de estas ramas, de una ú otra clase, ha de tratarse de una ma-

(1) V. §§. 23 y 30.
(2) V. p. 164, t. I.

nera independiente, conviene exponerla en su totalidad, en sus dos capitales aspectos: el privado y el público; y aun en la presente exposicion, principalmente consagrada al derecho privado, no cabe prescindir por completo del público en esas diversas esferas, merced á la íntima relacion que entre ambos existe.

Nota. Hoy no existe un derecho privado orgánicamente constituido en todas sus ramas, ni un derecho general privado completo, ni se tratan todos los derechos privados especiales. El derecho privado germánico, tal como se expone por la mayoria de los germanistas, es el que más se acerca á un sistema perfecto, por cuanto en él, á más del Derecho general privado, que comprende el de las personas, cosas y obligaciones, con el de familia y el de sucesion, se expone tambien el derecho de las clases especiales, ó á lo ménos el de las clases agrícolas. El *jus civile* de los romanos es, por el contrario, el derecho privado más pobre, aunque sumamente prolijo, y no es otra cosa que un derecho abstracto de bienes, ó más exactamente, derecho general de la *economía privada*, y, aun esto, no completamente; pues que de las tres esferas del órden económico, á saber: la produccion, la circulacion y el consumo, sólo desenvuelve algunas partes de la adquisicion de las cosas y el derecho general de la circulacion y contratacion. Y con todo, se ha pretendido dar como derecho general privado este limitado y abstracto derecho de bienes, pretendiendo los romanistas que todo derecho privado, aun en nuestras condiciones de vida, es sólo derecho de bienes, debiendo excluirse de aquella esfera todo cuanto no interese á la fortuna. Por consecuencia de esta concepcion, se ha eliminado lógicamente el derecho de las personas, estudiando tan sólo la actividad de éstas en la esfera de los bienes, en cuanto se halla determinada por diversas relaciones entre varios sugetos; así como se ha pres-

cindido en el matrimonio y la familia de todos los demás elementos importantes considerando sólo el derecho en ese órden de intereses. La imágen de la codicia romana, que sólo tenia en cuenta la fortuna, podia ciertamente servir de modelo para nuestra época y nuestra ciencia, cuyo progresivo egoismo la acerca más y más cada dia á las condiciones de aquel pueblo; pero al aplicarlo al derecho y los códigos germánicos, todavía existentes y mejorados y purificados por el Cristianismo y por un humanitario espíritu, se la desfiguró necesariamente. Es un problema de la ciencia jurídica, si ha de apoyarse en una concepcion superior filosófica, defender al derecho privado aleman y á los códigos modernos (de los cuales el *Landrecht* prusiano (1) es el más perfecto en la ordenacion de todas las relaciones esenciales privadas, no sólo de las que tocan á la fortuna) del peligro de un retroceso inconveniente al romanismo que lo reduzca á mero derecho de bienes (2); y aun este mismo, exponerlo, no de una

(1) El superior carácter filosófico y germánico del *Landrecht*, se halla bien indicado en el excelente libro de Löher, *Sistema del Derecho prusiano (Das system des preussischen Rechts*, 1852).

(2) En la obra, bajo tantos aspectos tan notable, del doctor José Unger, *Sistema del Derecho general privado de Austria. (Syst. des Oesterr. allgem. Privatrechts*, t. I, 1856), no puedo ménos de advertir, por desgracia, el principio de un retroceso de esta clase en sentido romanista respecto del código civil austriaco. Mientras más de desear es que la ciencia jurídica austriaca se apoye en el derecho comun (no meramente romano), de la cual puede esperarse abrirá camino á la ulterior unidad del derecho civil, y mientras mayor es la inclinacion á dar el valor que corresponde á esfuerzos y talentos científicos verdaderamente notables, tanto mayor es la obligacion de rectificar lo que pueda haber de erróneo en una tendencia buena por sí misma. Prescindiendo de ciertos puntos subordinados, hallo en este libro el desconocimiento de nuestra conciencia superior del Derecho, alcanzada merced al Cristianismo y á la cultura humana, y de la cual es noble producto, aunque imperfecto, el código austriaco. Este desconocimiento aparece: 1.°, en la supresion del derecho de las personas

manera general y abstracta, sino teniendo en cuenta impor-

(V. sobre esto ulteriormente el §. 20); 2.°, en la separacion del matrimonio y las relaciones de familia, con la sóla excepcion de lo concerniente á los bienes, de la esfera del Derecho, separacion que depende de una teoría superficial filosófico-jurídica, con lo cual viene consecuentemente á negarse al Estado toda autoridad para regular aquellas relaciones, sin que se sirva mejor tampoco á la Iglesia, que pretende dirigirlas *jurídicamente* á su vez, por medio del derecho canónico, sin abandonarlas de modo alguno á la simple "moralidad"; 3.°, en una reduccion, todavia en parte mayor que la del derecho romano, de todo Derecho á puro derecho de bienes (V. la p. 560); 4.°, en la recusacion de muchas doctrinas é instituciones jurídicas admitidas en el código austriaco y que tienen por base el derecho germánico y la conformidad con las condiciones reales de la vida, segun acontece con el concepto de la posesion, que excede de la teoría romana, pero que el derecho canónico y el germánico justifican, así como las necesidades prácticas; ó con los conceptos germánicos de la propiedad comun y de la dividida; ó con la estrecha concepcion de la persona jurídica.

Pero aunque la discusion sobre esta interpretacion romanista del código general austriaco, corresponde ante todo á los jurisconsultos prácticos y positivos del país, debemos aquí, sin embargo, en interés del superior cultivo de la ciencia jurídica en Austria en correspondencia con nuestro actual estado y cultura y para lo cual, á pesar de todo, es siempre la Filosofía del Derecho condicion fundamental, indicar con algun más pormenor lo que hay de erróneo en las opiniones, en parte amalgamadas todavia con reminiscencias de Hegel, que expone Unger, sobre la naturaleza de la Filosofía del Derecho y en relacion con el derecho positivo; tanto más, cuanto que son mucho más insuficientes estas opiniones que las de la escuela kantiana aun muy difundidas en Austria y contra las cuales Unger mismo, en los *Anales de* SCHLETTER *(Jahrbücher*, t. I), ha promovido una polémica, puramente externa y de modo alguno tan profunda como hubiera sido de desear.

Por lo que concierne ante todo á las opiniones filosófico-jurídicas del autor, en general, expresadas en proposiciones enteramente infundadas é inconexas, ya ha indicado BERGER en sus *Datos críticos*, etc., los cuales son principalmente una crítica de la obra de Unger, la oscuridad y nulidad de frases como estas: "el derecho es un órden de ciertas relaciones de la vida" (Unger, p. 210), ó esta otra; "el derecho privado es el poder que corresponde á una persona sobre personas y cosas" (p. 489). Con tales proposiciones no se convertirá á ningun par-

tantísimos aspectos morales y de derecho público, relacio-

---

tidario del antiguo derecho natural; pues el sistema kantiano les dá un principio jurídico que, á pesar de toda su parcialidad y abstraccion, tiene un fundamento científico y aun permite una mayor aplicacion práctica que aquellos conceptos tan pobres con que hasta ahora se ha venido contentando la suficiencia de los más de los romanistas. Pero siendo lícito esperar de los trabajos científicos de Unger que él consagra á este asunto, un estudio más profundo, con tanto mayor motivo cuanto que hoy los jurisconsultos prácticos de nota reconocen la necesidad de una Filosofía más fundamental del Derecho para la evolucion del positivo, indicamos especialmente, como materia de rectificacion, los siguientes principios, en los cuales se expresa un modo de ver sumamente extendido:

1.° Falso é injusto es el principio de que "todo derecho es positivo" (p. 4), que tiene su paralelo en aquella tésis hegeliana "todo lo racional es real." Si en aquella afirmacion quisiera decirse que todo derecho, para llegar á valer en la realidad, tiene que ser *formalmente* reconocido por la costumbre ó la ley, encerraria la verdad, no siempre convenientemente estimada, de que tambien las formas en el derecho, y en general del derecho formal, son de grande importancia para la vida social (V. t. I. p. 73) y que el indivíduo ha de someterse á él aun en los casos en que no está acorde con sus convicciones tocante al derecho material. Pero si lo que se quiere decir, como ocurre en Unger, (p. 4) es negar la existencia de un "derecho racional" seria este el punto de vista de un vano excepticismo que sólo puede gozar de favor y siempre de una manera exclusivamente transitoria, en épocas de decadencia intelectual y moral; y, por otra parte, de un materialismo para el cual nada existe fuera de la realidad sensible. Por el contrario, ya Montesquieu, con profundo sentido histórico del Derecho y del Estado, ha hecho observar que "los indivíduos inteligentes pueden tener leyes hechas por ellos mismos; pero que tienen tambien otras que no han hecho"... "Afirmar que no es justo ni injusto sino aquello que las leyes positivas mandan ó prohiben, valdria tanto como afirmar que antes de trazar un círculo sus rádios no son iguales" (*Esprit des lois*, lib. I, cap. I). Unger, sin embargo, pretende atenuar las consecuencias de una concepcion puramente positiva y materialista del Derecho, como veremos ahora.

2.° Afirma, para este fin, que "no hay derecho racional, sino una ciencia de las exigencias de la razon al Derecho." El filósofo del Derecho será el que ménos dude de este principio ni, segun antes se ha notado, borrará tampoco la distincion entre la idea y la realidad; ni considerará, pues, como formalmente válido y vigente todo aquello

nándolos con los fines y con las clases de la vida económica.

---

que en la idea reconoce como justo. Pero aquellas exigencias ideales son exigencias jurídicas, no meramente morales, contra lo que parece suponer Unger.

3.° Con efecto, en la p. 261, establece la proposicion de que "el Derecho, hasta donde es compatible con sus conceptos fundamentales (¿cuáles son, pues, éstos y de dónde vienen?), ha de realizar las exigencias de la moralidad" y, en otro pasage (p. 616, nota 16), que, "en general, el progreso consiste en elevar (?) la ley moral á ley jurídica, en revestir (?) las exigencias de la moralidad con la proteccion del derecho." Esta opinion, que recuerda á su vez la teoría hegeliana de la transicion y elevacion, coincide con la vaguedad, tan extendida, sobre la relacion entre la Moral y el Derecho (que, por mi parte, he intentado exponer por principios y en todos sus elementos en mi Filosofía del Derecho.—*Rechtsphil.*, 1852, p. 192 á 333); y mientras no se haya doblado este "cabo de Hornos de la Filosofía del Derecho", segun IHERING lo llama (p. 149, nota (2), tomo II), ninguna seguridad se tendrá en el estudio de las más importantes materias jurídicas. Pero, aunque frecuentemente se ha imputado á la doctrina de KRAUSE la falta de conveniente distincion entre el Derecho y la Moral (por no entender las precisas, pero delicadas diferencias que aduce), tengo esta idea de Unger por teóricamente falsa y por prácticamente peligrosa, pues conduce sin dificultad á una confusion entre aquellos dos órdenes. Considérese sólo el Derecho plena é íntegramente en su aspecto positivo, y no sólo en el negativo, y se dejará á lo justo y á lo moral en sus respectivas esferas, sin necesidad de elevar ni de bajar la Moral á Derecho.

4.° Por último, cuando Unger opina (p. 4, nota 12), "que la Filosofía del Derecho que intenta sacar resultado del estudio de las ideas que se revelan en la historia de la humanidad, se refiere al derecho positivo, como el ideal á la realidad, como el porvenir al presente, exponiendo las exigencias que en el curso del tiempo se han de realizar", confesamos que excede á nuestra comprension entender cómo las ideas de la historia, y por tanto, del pasado pueden convertirse en ideal del porvenir; ó, para tratar el asunto jurídicamente, cómo las ideas que se han manifestado en el desenvolvimiento histórico de la propiedad, de las servidumbres, de la hipoteca, de la sucesion, etc., puedan constituir un ideal para la informacion de estas instituciones en lo venidero. Teniendo en cuenta la historia y la experiencia, opinamos que, para reconocer las ideas en la historia y comprenderlas mejor, se necesita ya poseer préviamente conceptos racionales sobre la vida humana y sostenemos, por tanto, conforme dice en sus versos el sagaz escri-

§. 3.—Método jurídico (1).

La renôvacion y progreso de todas las ciencias, sólo se ha obtenido por el establecimiento de sus métodos. Enlaza la Filosofía en sus grandes épocas los nombres de Sócrates,

---

tor de niños SCHMIDT, que "para poder aprovechar la experiencia, se debe pensar antes sobre las cosas":

Dass dich Erfahrung klüger mache,
So denk'erst über eine Sache;

Y aconsejaremos á todos que mediten en razon sobre la naturaleza del Derecho, el sér ético del hombre y las relaciones de su vida, que de él nacen, para tener un compás y piedra de toque en toda indagacion por medio de la historia.

Deploramos que precisamente Unger, el cual ha aspirado á construir sobre sus fundamentos la ciencia del derecho civil austriaco, no haya aplicado una indagacion más profunda á los conceptos fundamentales con que debió razonablemente comenzar, tocante al orígen y naturaleza de su objeto; indagacion que, sin embargo, esperamos todavia de sus trabajos ulteriores científicos: en su actual concepcion hay desconocimiento del verdadero asunto y lugar de la Filosofía del Derecho en el todo de la ciencia jurídica. Su opinion, en verdad, coincide con una tendencia contemporánea; pero á la cual se debe combatir tan decididamente, cuanto que ese desconocimiento, respecto de una ciencia que, si no siempre ha planteado con rigorosa exactitud sus problemas, debe penetrar en el espíritu y alma del Derecho, y lo ha conservado, podria conducir en esta esfera fácilmente al más torpe materialismo, tan pujante en otras ciencias; siendo de alta importancia moral mantener en el espíritu del hombre la fé en la ley eterna del Derecho, que ha escrito Dios en la razon y en el corazon de todos los hombres y de la que ya decia SÓFOCLES con tanta sencillez como verdad (*Antígona*, V. 456): "No solo hoy y ayer, sino eternamente vive este Derecho; y nadie sabe cuándo apareció."

(1) El método jurídico no ha sido hasta los tiempos modernos objeto de especial indagacion. El libro de LEIBNITZ, *Nova methodus discendae docendaeque jurisprudentiae*, 1667, trata principalmente de una nueva division de la ciencia del Derecho, dando indicaciones sobre su estudio, junto con un *Catalogus desideratorum*; y sólo se aplica un profundo método filosófico-jurídico á la doctrina especial de las condiciones, como un *specimen demonstrationum in jure*.—V. *opera*

Descartes, Leibnitz, Kant; las ciencias naturales deben su florecimiento al método experimental y analítico preconizado por Bacon, y que pronto se desenvolvió en todos sentidos y esferas; las históricas han tomado un nuevo vuelo, merced á la determinacion más comprensiva de su asunto y á una indagacion más profunda de las fuentes; pero la ciencia del Derecho comparativamente, ha quedado por demás retrasada. Hállase la razon de esto en el hecho de que, así como en la Edad Media las ciencias naturales, en lugar de formarse en la viva fuente de la naturaleza, se estudiaban en los escritos de Aristóteles y sus comentaristas, así tambien el Derecho se creia realizado en el *Corpus juris*, en vez de concebirlo en relacion con la fuente de la vida, siempre contínua y nueva en sus necesidades. Por esto, la falta de independencia del Derecho y de su ciencia, no consentia el remedio de un método propio. Cierto, que no se puede acusar á la ciencia del derecho positivo de una completa falta de método. El derecho romano, desde los tiempos de los glosadores, y el germánico, desde Conring, han venido tratándose de muy diversos modos; pero sólo la filosofía moderna desde el *Nova methodus* de Leibnitz, desde Wolf y todavia más desde Kant, ha despertado y fortalecido la exigencia de un carácter propiamente científico. La filosofía kantiana fué sumamente favorable para el método y la crítica del primero de aquellos

---

stud. Dutens. t. IV, p. 29 á 159.—El nuevo libro de R. SCHMIDT: *Teoría y Metódica del Derecho civil (Theorie und Methodik des bürgerlichen Rechts*, 1848) representa más bien las escuelas modernas filosófico-jurídicas de SCHELLING, HEGEL, KRAUSE Y FRIES (del cual se confiesa el autor partidario) y trata casi sólo de las fuentes del Derecho. El verdadero problema del método sólo se ha planteado en los últimos tiempos por LEIST (V. la p. 68, t. I, nota), BRINZ (*Hojas críticas—Kritische Blätter)*, IHERING *(Anales de Dogmática—Jahrbb. für Dogmatik*, 1856) y KUNTZE *(Punto de mira de la ciencia del Derecho—Wendepunkt der Rechtswissenschaft*, 1856).

dos derechos, aunque, á causa de su formalismo, se aplicó principalmente á la mera ordenacion formal de los materiales jurídicos. Mayor influjo todavia alcanzó la Filosofía de la naturaleza de Schelling sobre la escuela histórica, que tomó de ella sus ideas de carácter y crecimiento orgánicos del Derecho y de su analogía con la formacion del lenguaje. El sistema de Hegel dió á conocer de un modo histórico-filosófico los profundos motivos de la vida y derecho romanos, aunque más bien extravió que ilustró el verdadero sér y método del Derecho.

La ciencia jurídica alemana ha hecho en verdad progresos no ménos importantes; pero no ha llegado aún á darse cuenta del método correspondiente al espíritu de este derecho, hasta el punto de que el método del romano, relativamente más adelantado, pudo intentar, borrando el distinto carácter de ambas formaciones jurídicas, tratar á aquella del mismo modo que á ésta. Pero el perfecto método jurídico no puede constituirse ni por el Derecho romano, ni por el germánico, ambos entrelazados en nuestra vida y fundidos en el derecho actual, que se halla á su vez en constante progreso. Así como todo método necesita partir, en primer término, de la naturaleza de la cosa que le sirve de objeto, así tambien el método jurídico ha de partir de la ciencia del Derecho y, quiéralo ó no, sépalo ó no, apoyarse siempre en una concepcion filosófica del mismo. La Filosofía del Derecho es, pues, la fuente principal del método, en el cual se manifiesta su propio carácter, su grado de exactitud y su utilidad práctica. El método ha de proceder, por tanto, con el objeto, por respecto al cual, constituye un camino y proceso intermedio (μετα-οδος), teniendo que ser tan distinto como las cosas mismas á que se refiere. Verdad es que, á causa de la superior unidad de todas las ciencias y de las condiciones comunes de toda indagacion y certeza, existen

métodos generales como el *analítico* y el *sintético*, (este último en forma de deduccion y construccion) que en todas las ciencias se aplican, si bien en cada una á su manera; así, las ciencias naturales requieren otra especie de análisis que el propio de la Psicología, la Ética ó la Filosofía del Derecho. Quien haya, por consiguiente, de tratar esta última ciencia segun el método de las naturales, no tiene idea clara del método, á ménos que considere, de un modo materialista, á todo el hombre, como mero sér físico, aun en sus relaciones intelectuales, morales y jurídicas. El poder del método es, además, tan grande, que puede arrastrar al objeto mismo en una direccion dada: si el Derecho se trata, por ejemplo, conforme al método de dichas ciencias, es menester, haciéndolo con gravedad y circunspeccion, considerarlo como una especie de cosa física; si se le aplica el método romanista, saldrá nuestro derecho romanizado: sólo por la naturaleza ética del derecho cabe determinar é informar su método rigoroso.

Ahora bien, el verdadero método jurídico descansa, como todo método, en la aplicacion de ciertos conceptos fundamentales ó *categorías*, á saber: inmediatamente, aquellos que constituyen los elementos del concepto del Derecho y son, por tanto, privativos de éste; y luego los que á dicho concepto son comunes con todos los de las ciencias biológicas y que necesitan enlazarse con los primeros, conforme á su naturaleza. La metodología jurídica es, pues, esencialmente una teoría de las categorías del Derecho. Así, de la exactitud, sagacidad, perfeccion y rigoroso enlace de estas categorías, depende la bondad y perfeccion del método. En toda ciencia, debe éste comenzar con las categorías propias de su respectivo objeto; y en la del Derecho, por consiguiente, con los elementos que constituyen su concepto, elementos que ya en otro lugar se han desenvuelto más extensamente (1)

(1) V. p. 58 á 88, t. I.

y que en éste sólo resta coordinarlos y aplicarlos por relacion al método de un modo sumario.

El Derecho se ha determinado en general, como la regulacion de las relaciones de la vida que nacen de la subsistencia independiente, de la coexistencia y de la asistencia recíproca entre los hombres, conforme á la razon y sus fines y en cuanto se condicionan entre sí.

Aquí, hallamos ante todo expresados el aspecto *objetivo* y *subjetivo* del Derecho: lo primero, por ser éste una regla, una norma; lo segundo, por constituir una actividad voluntaria determinada por dicha regla, un ejercicio de la libertad en las dos direcciones correlativas de la facultad y la obligacion. El Derecho, es, pues, una regla de la voluntad, una norma de la libertad.

Consideremos ahora los elementos esenciales que en este concepto hallamos:

1. El Derecho expresa una *ordenacion* de las relaciones de la vida. Este principio, nacido de una filosofía que concibe objetivamente dichas relaciones, está hoy aceptado por muchos jurisconsultos positivos (1); pero, sin más explicacion, vendria á ser tan sólo una generalidad, una frase poco fructuosa para la investigacion y estudio del Derecho (2), porque en ella no se distingue á éste de la Moral, la cual regula asimismo relaciones biológicas, distincion que no reside en el *qué*, sino en el *cómo* de esta regulacion. Pero en ese principio se concibe supremamente al Derecho como norma objetiva, elevándolo sobre las antiguas concepciones, que lo derivaban sólo de la fuente subjetiva de la voluntad ó

(1) V. p. 66, t. I, nota.

(2) Y sin embargo, por regla general, los juristas positivos, á pesar de que aspiran siempre en primer término á la exactitud, se satisfacen con esta expresion general: v. gr., J. UNGER *(o. c.*, §. 24). BERGER *(o. c.*, p. 2) que hace resaltar lo infructuoso de semejante frase, no acierta á elevarse sobre esa generalidad (p. 38).

de la conciencia, ya generales, ya particulares, no considerándolo sino como mera facultad; y así se rectifica á la par la idea, que ha llegado á prevalecer tanto, entre los modernos romanistas, de que el Derecho es un poder voluntario, un imperio, con lo cual se alcanza mucho ménos aún que con cualquiera otro concepto de los anteriores sistemas de Derecho natural.

2. El Derecho es una ordenacion de *relaciones de la vida*, esto es, relaciones de las personas entre sí para un objeto determinado por un fin racional y que puede consistir en cosas y en actos. Las relaciones ordenadas entre las personas se revelan, para su voluntad, en pretensiones y obligaciones y constituyen el *contenido* del Derecho que debe distinguirse verdaderamente del objeto del mismo. Pero así como la vida en general se informa por causas y fuerzas, así tambien sus relaciones, que no crea el Derecho, sino que regula tan sólo en sus manifestaciones. El Derecho no es, pues, un principio creador, sino ordenador tan sólo, y su ciencia no puede pretender deducir de ella misma las relaciones meramente desde un principio general, en cierto modo, como la araña forma sus telas, queriendo presentar para todos los pueblos y condiciones un derecho igual y permanente, antes al contrario, ha de formarlo y proseguirlo de acuerdo con la vida tal como ella *es* y *aspira* á ser. Y si ésta jamás se cierra y agota, tampoco puede aquel terminarse; y todo Derecho positivo debe abrir campo á la posibilidad de nuevas evoluciones, especialmente, merced al reconocimiento del Derecho consuetudinario. Cierto es que en todas las relaciones de la vida hay algo permanente, *inmutable*, como las leyes morales y las relaciones fundamentales entre los hombres, el matrimonio, la familia, la propiedad, la pretension; pero sus modificaciones son muy varias. Sólo el principio del Derecho en sus elementos radicales queda subsistente,

como lo queda el principio de la vida en sus fuerzas primarias, mientras que la informacion de este principio *en* la vida misma es siempre y do quiera diversa.

Veamos ahora si el Derecho se refiere á *todas*, ó sólo á *ciertas* relaciones de la vida.—Esta cuestion, segun fácilmente puede preverse, se resolverá por largo tiempo de modos muy distintos, porque se enlaza íntimamente con otra cuestion muy dudosa todavia, á saber, la de la relacion entre la Moral y el Derecho. Expresamos, sin embargo, la conviccion, con la plena conciencia de su trascendencia, de que *todas* las relaciones de la vida pueden ordenarse jurídicamente, aunque el Derecho positivo ofrezca sólo un comienzo, por otra parte importante, de esta universal regulacion. Pero añadimos al par la limitacion de que el Derecho jamás abraza sino un aspecto de dichas relaciones, á saber, aquel en el cual manifiestamente se *condicionan*. Así se muestra, aun allí donde esta opinion podria ser más discutible, como por ejemplo, en los deberes y virtudes morales, los cuales, en cuanto se *exteriorizan* en actos y son *condicion* de una relacion de la vida (el amor y la fidelidad en el matrimonio, el amor en los hijos, etc.), pueden tener tambien efectos jurídicos; y no acontece ménos en el Derecho penal, donde, al juzgar un hecho externo, hay que retroceder á tantos elementos morales de que depende la culpabilidad. Toda relacion de vida se revela, segun ya en otro lugar se ha dicho (1), en tantos respectos como fines humanos y direcciones de la actividad á ellos consiguientes existen. De aquí resultan dos consecuencias prácticas importantes. La primera, que todos los órdenes ó esferas de la vida humana (el religioso, el moral, el económico, el de la ciencia, el arte y la educacion), tienen un derecho adecuado á su fin; derecho que, ante todo, tan

(1) V. p. 65, t. I.

luego como se ha formado en ellos un poder é institucion sustantivos, ha de establecer autonómicamente esta institucion; y es la otra, que al Estado, como órden general jurídico, pertenece la suprema inspeccion de estas varias esferas, á fin de que en *todas* se cumpla el derecho segun las reglas establecidas, ora por el Estado mismo, ora autonómicamente, sirviendo al par de Tribunal Supremo y definitiva instancia.

3. El elemento más caracteristico del Derecho es el de la *condicionalidad*, que abraza los dos términos del condicionado y del condicionante, lo cual se ha explicado ya suficientemente (1). Por lo mismo que los hombres, á causa de su finitud y limitacion, se condicionan mútuamente y necesitan completarse, fundando una comunidad para este fin, tiene que determinarse y regularse por ellos esta recíproca condicionalidad, bien para cumplir las más esenciales condiciones de la vida, en razon de la naturaleza de las relaciones que entre ellos existen (v. gr., en el matrimonio y la familia), bien para prestarse los servicios que á cada cual sean útiles, merced á las relaciones particulares libremente establecidas, segun acontece en los contratos. Pero cada relacion debe ordenarse, tanto en sus condiciones internas, como en las exteriores que mantiene, con las demás á quienes enlaza: así el derecho real ó de las cosas determina las condiciones bajo que puede cualquiera adquirir, usar, consumir y enagenar aquellas, mas no sin considerar al propio tiempo las relaciones económicas y morales interesadas en estas funciones; y el derecho referente á la contratacion se ha de determinar por respecto al fin del tráfico y comercio social, que en él se expresa, con todas sus peculiares condiciones. Todas estas relaciones, internas y externas, que es menester tomar en cuenta en cada relacion dada, constitu-

(1) V. p. 38, t. I.

yen la llamada «naturaleza del asunto» y la del derecho referente á ellas: pues el Derecho no es un concepto simple, sino de relacion; por donde las relaciones esenciales de un objeto no son cosa exterior á aquel, sino que pertenecen á su propio contenido. Quien haga de esta «naturaleza del asunto» principio director del Derecho, necesita, pues, indispensablemente investigar en primer término las relaciones y condiciones interiores y exteriores de cada objeto.

4. El principio, segun el cual se ordenan todas las relaciones de la vida mútuamente condicionales, es el *fin* humano, que en ellas se informa y las anima con progreso constante: fin que se subdivide en varias especies á las cuales corresponden otras tantas esferas de relaciones biológicas. Todo Derecho se refiere, pues, en último término á uno de estos fines fundados en la naturaleza humana, de suerte que nada humano es ageno al Derecho. Cierto que éste abraza toda nuestra vida y nuestros fines bajo el aspecto de su condicionalidad, aspecto cuya regulacion es el inmediato y peculiar fin de aquel (1); pero no puede cumplirlo recta y convenientemente, si no constituye la norma y direccion del fin que ha de alcanzarse mediante las condiciones jurídicas. Aplícase además el Derecho principalmente á la voluntad libre, asegurando una esfera de accion á la libertad aun allí donde establece como preceptos legales las condiciones esen-

(1) Aunque KUNZE, en su *o. c.*, p. 46, opina que esta teleología jurídica, por la cual yo procuro trabajar, no es cosa nueva y que en cierto modo domina ya en la doctrina corriente, hay inmediatamente sólo dos teorías filosófico-jurídicas que hayan hecho resaltar la necesidad de la investigacion de los fines en el Derecho: primero, la de KRAUSE y despues la de STAHL, que prefiere la expresion "determinacion ó destinacion" *(Bestimmung)*. La ciencia jurídico-positiva, tampoco es cierto que se halle dominada por la consideracion de la finalidad; y si se vale de ella en ocasiones es sólo donde se halla demasiado perpleja en su concepcion abstracta sin que jamás este principio teleológico haya sido aplicado conscientemente.

ciales que nacen del fin de una institucion (por ejemplo, el matrimonio, el contrato y los diversos asuntos jurídicos); mas, aunque á nadie obliga á proseguir un fin, limitándose á hacer *posible* la prosecucion de todos, necesitan determinarse en el órden y sistema jurídicos, todas las instituciones y relaciones, atendiendo á los fines que en ellas residen. Así ha acontecido siempre tambien, ya más, ya ménos, en el derecho positivo. Pero, de un lado, ha faltado hasta hoy la clara conciencia de la necesidad de atender á estos fines; y de otro, no se les ha entendido con claridad, ni distinguido convenientemente, merced á lo cual, se han confundido asuntos jurídicos enteramente diversos. Por ejemplo, atendiendo sólo á ciertos accidentes, se han reunido especies de contratos muy diversos, que tienen fines completamente distintos y deben, por tanto, surtir diferentes efectos jurídicos. Con razon, pues, se han dividido los contratos aleatorios en: unos, aquellos en que el daño que puede nacer del azar deja de existir para la persona sobre quien inmediatamente recae, dividiéndose entre varias y cumpliéndose de esta suerte un fin al par moral y jurídico; otros, en los cuales se busca el azar, haciendo depender de él una ventaja ó un perjuicio para una ú otra parte; contratos éstos que se dividen á su vez, segun que sirven de un mero juego de entretenimiento ó nacen de una codicia inmoral y antieconómica, que sustituye el accidente al trabajo, con grave corrupcion de la moralidad y de la industria en aquel pueblo en que se propagan.

Ahora bien, si ya en la determinacion de los diversos objetos y negocios jurídicos, es importante atender al fin, aumenta el valor jurídico de éste en todas las sociedades constituidas por respecto á fines, así en las que persiguen objetos particulares, como en aquellas otras donde el fin es la comunidad de la vida entera, y sobre todo en la sociedad

general del Estado, cuyo fin penetra necesariamente en todas las relaciones. De aquí resulta que la doctrina de los fines que animan otras relaciones de la vida es un criterio de suma importancia para la ciencia del Derecho, cuyo progreso, en el fondo como en el método, está urgentísimamente necesitado de una *teleologia* jurídica. Pero en este punto, hay que evitar ciertas falsas ideas. Una de ellas, tan superficial como difundida, es la de pretender que la teoría de los fines es sólo la política del Derecho (1). Desenvolvióse esta opinion cuando se pretendia borrar de la Filosofía del Derecho la idea de fin, desconociéndola en el derecho positivo; y como no podia suprimirse en la vida, se obvió esta dificultad estableciendo la política del Derecho como teoría de la conformidad á un fin ó sea de la utilidad. Pero lo característico de la política del Derecho consiste más bien en armonizar las exigencias ideales del derecho filosófico, sea privado, político ó internacional, y la experiencia, esto es, los estados histórico-positivos, jurídicos y políticos, de suerte que aquella constituye siempre una teoría de lo que es posible y relativamente mejor en el Derecho y el Estado, segun las circunstancias, necesitando apoyarse siempre, para las reformas á que aspira, en las condiciones actuales. Ahora bien, la necesidad de esta conveniencia se revela en todas las partes de la ciencia jurídica y sólo varia la relacion al fin. En la Filosofía del Derecho se concibe éste idealmente, tal como nace de la naturaleza esencial de una relacion; mientras que en el derecho positivo, por el contrario, se le comprende tal como se ha informado en la realidad, más ó ménos perfectamente, segun las necesidades de cada tiempo; y en la política se le consi-

(1) Sobre la necesidad de distinguir entre el fin inmediato y directo y el inmediato é indirecto del Derecho en la esfera pública como la privada, V. la p. 179, t. I y mi *Filosofía del Derecho* (p. 331, edicion al.)

dera como el ejemplar para la mejor determinacion del objeto á que tiende una relacion ó institucion y para su consiguiente reforma, sentida ya como una necesidad de los tiempos.—Así, la Filosofía del Derecho expone el referente al matrimonio, segun resulta del superior fin de éste; pero el legislador político que quiere reformar aquella institucion, si necesita tener á la vista, y por completo, dicho superior fin, necesita tambien preguntarse qué modificaciones prescriben las condiciones actuales é históricamente construidas, así como las costumbres existentes. En general, toda relacion biológica ha de considerarse, pues, idealmente, en su esencia y fin internos tal como *debe* ser; luego, como *de hecho* se halla informada en la realidad, y por último, segun el mejor modo *posible* de reformarla; y prueba un horizonte intelectual muy limitado poner sólo el Derecho en la regulacion de las relaciones históricas, pues aun el Derecho positivo gobierna de antemano ciertas relaciones meramente posibles.

En la teleología jurídica, hay que evitar la idea de que el fin es algo exterior á la relacion ó institucion; pues aquel no representa sino la esencia interna de una cosa recibida en el pensamiento y tal como tiende á realizarse en la vida, siendo, por tanto, idéntico á la naturaleza de la cosa misma y constituyendo como su alma é íntima fuerza impulsiva; y sin que pueda tampoco penetrarse el espíritu de una institucion, más que estudiando los motivos que la inspiran y su fin. Este no es, segun lo que precede y para usar los términos de Aristóteles, una εντελήκια, finalidad puesta en la cosa misma y que en la recíproca accion de todas las relaciones y fines propia del organismo vivo, no excluye la referencia exterior de un fin, como medio á otro que le sirve de fin último. De aquí nace la íntima conexion entre la naturaleza y el fin de una cosa y se comprende que el método jurídico, apoyado en la «naturaleza de aquella» haya

hecho hasta hoy tan cortos progresos, á causa de no habérsele desenvuelto y aclarado en vista del fin.

Despues de esta general consideracion, sobre la necesidad de una teleología jurídica, indicaremos todavia, de un modo sumario, cómo pueden explicarse en el Derecho, mediante el concepto y fin de éste, que hemos desarrollado, las más importantes relaciones, que precisamente hoy, cuando se comienza á indagar sus fundamentos racionales, han venido á ser objeto de profunda investigacion y muy diversas cuestiones.

El Derecho (y por tanto el fin inmediato que en su naturaleza reside) consiste, segun hemos visto, en la regulacion de las condiciones que nacen de la omnilateral dependencia de los hombres y que se requieren para su vida racional, ya independiente, ya en su mútua asistencia. Nace de aquí y se concibe, la posibilidad jurídica de varias relaciones importantes en que una persona entra en lugar de otra, obra por ella, responde por ella en todo ó en parte, la sustituye en sus deudas y créditos: todo lo cual puede acontecer en estos casos, así voluntaria, como necesariamente, en virtud del vínculo general humano-político ó de ciertos lazos preexistentes ó subsistentes de una con otra persona. En este punto debe, en primer término, advertirse que precisamente en estas relaciones se muestra característicamente el principio del Derecho en su distincion de la Moral, en la cual nadie puede sustituir á otro, por ser sus deberes y virtudes siempre preceptos absolutos para la propia independiente accion de cada cual en determinada cualidad de voluntad; en tanto que el Derecho, por su carácter relativo y condicional, regula tambien relaciones exteriores que nacen de la dependencia y necesidad de complemento entre los hombres.

Ahora bien, las relaciones más importantes, concernientes á este punto, son las que siguen:

a) En el derecho de personalidad y de familia, aparece la representacion (1), para la asistencia jurídica de los menores ó de otras personas que la han menester, en la tutela y curatela: representacion establecida y ejercida bajo la inspeccion y vigilancia de la comunidad política.

b) En el derecho de obligaciones se aplican por este principio especialmente:

α) El desempeño de un asunto jurídico, por otra persona, sea por encargo suyo *(mandatum)*, sea sin él *(negotiorum gestio s. m.)*, suponiendo, de acuerdo con las circunstancias, que el otro habria obrado del mismo modo, por lo cual se halla obligado á aprobar moral y jurídicamente la gestion del primero; gestion que se permite aun contra su voluntad, cuando ésta se manifiesta de un modo indudable como irracional, si bien en este caso las leyes, para garantía de la libertad de cada cual, determinan diversos efectos.

β) La sustitucion voluntaria en las obligaciones de otro, merced á las diversas formas de la intercesion.

γ) La obligacion forzosa que, á consecuencia de ciertas relaciones en que se está con determinadas personas, hay de responder por ellas ya principal, ya accesoriamente, como por ejemplo, el padre de familia ó el dueño de casa.

δ) La responsabilidad general que corresponde á una comunidad (v. gr. un municipio) en alguna obligacion de uno de sus miembros.

ε) La obligacion co-real en que se convierte la de todos por uno ó de uno por todos, que resulta de la unidad y comunidad ó de la independencia del fundamento de la obligacion.

(1) El autor dice "*Stellvertretung* ó más bien *Vertretung*": la primera palabra tiene un sentido más de Derecho civil y privado y la segunda más bien público y de proteccion y defensa. Esta diferencia no ha podido traducirse en el texto.—(*N. T.*)

c) Tambien la sucesion singular en las obligaciones debe concebirse partiendo desde el fin jurídico. Esta cuestion tan importante y sobre la cual existe radical divergencia entre el Derecho romano y el germánico, se decidió por el primero (dando aquí tambien la preponderancia á la voluntad subjetiva, al suponer en principio que no podia existir obligacion sino entre personas que originariamente la hubiesen contraido) en el sentido de que, no el derecho de la pretension en sí misma, y sí únicamente su ejercicio, puede trasmitirse, mientras que el Derecho germánico y las legislaciones modernas hacen trasmisible la pretension misma. En la discusion científica, promovida en los tiempos modernos, sobre el problema de qué concepcion sea más exacta, hay que recordar ante todo que se trata únicamente de obligaciones que tienen por objeto bienes ó valores, y no de las llamadas acciones personalísimas. Ahora bien, en las primeras no hay motivo alguno para atender únicamente al elemento personal de la voluntad, prescindiendo del objeto que tiene en el comercio un valor igual y permanente, merced á lo cual, toda persona puede llenar el fin de la obligacion tan bien como cualquiera otra. Pero el derecho necesita considerar asimismo esta naturaleza igual de los bienes para toda clase de personas, permitiendo por tanto que la accion valga de igual manera cuando un tercero sustituye al acreedor cedente, con tal de que al deudor no se siga de ello perjuicio. Desde el punto de vista del fin económico de la circulacion de los bienes, debe, pues, explicarse jurídicamente la cesion, como la sustitucion de un acreedor á otro y considerarse la voluntad del deudor como conforme al fin objetivo y racional que de ningun modo le daña (1). Enteramente diversa,

(1) No puedo asentir á la explicacion, ó más bien aclaracion sensible, que dá Windscheid y acepta tambien Bluntschli. No se trata del vínculo con que el acreedor liga al deudor y lo pasa, por decir-

es, por el contrario, la trasmision de la deuda de otra persona, donde se requiere, con justicia, la conformidad del acreedor: pues el fin de la solvencia puede de esta manera dificultarse ó favorecerse, sin que sea indiferente en manera alguna, aun en las deudas hipotecarias, la persona del nuevo deudor.

d) Por último, la sucesion universal debe explicarse tambien, no por la ficcion de la unidad de la persona del heredero con el causante, sino por el fin del derecho de herencia, que permite sustituir al difunto, en los bienes, á la persona designada por la ley ó por última voluntad, quedándole libertad, sin embargo, para repudiar (por derecho germánico) ó adir (por derecho romano) la herencia. Así, hay en el Derecho muchas relaciones que expresan el encadenamiento orgánico de la vida humana en personas y cosas y especialmente la coexistencia y asistencia recíprocas, la sustitucion y el cambio de personas en el fin y en el valor de un patrimonio ó parte de él, fin que permanece igual para todos; siendo el derecho de cambio la forma más abstracta de dichas relaciones. Ahora bien, éstas perjudican al método jurídico, cuando se concibe el principio del Derecho de una manera puramente subjetiva como mera funcion y poder de la voluntad, prescindiendo de los vínculos de la vida y el

---

lo así, á manos del nuevo acreedor. El vínculo tiene dos términos, y si se le considerase sólo abstractamente, podria el deudor trasmitirlo igualmente á un tercero que le sustituyese, aun contra la voluntad del acreedor; pero la relacion real podria modificarse por este medio apresurando en todo ó en parte en el nuevo deudor el fin de la satisfaccion de la deuda.—La hipótesis de una obligacion co-real, á que apela KUNTZE para explicar estas relaciones, es aquí inadmisible. La analogía natural de la ramificacion de la primitiva obligacion troncal expuesta por aquel como un nuevo y fecundo principio, es sólo una imágen insuficiente. La obligacion es siempre, en sí misma, una relacion ideal, no sensible, cuyos cambios han de concebirse tambien idealmente.

trato sociales que constituyen una norma subjetiva para aquella. Aquí, por el contrario, hemos derivado esas relaciones de la naturaleza y fin del Derecho, lo cual, hasta ahora no se habia realizado.

Con esto hemos explicado sumariamente las más importantes categorías específicas que se hallan en el concepto del Derecho mismo. Pero estas categorías necesitan enlazarse con los conceptos universales que en todas las ciencias se ofrecen y que representan en la del Derecho, por tanto, la funcion de categorías auxiliares. Estas categorías que Aristóteles derivó empíricamente del lenguaje, y la filosofía escolástica con sagaz, aunque abstracto entendimiento, enlazó dogmáticamente; que Leibnitz indagó con mayor profundidad, aspirando á construir sobre ellas su ciencia del lenguaje universal y Kant derivó y reorganizó, aplicándolas como principios regulativos á todas las ciencias; que Hegel consideró, como momentos de la evolucion del absoluto, y Krause fundó de nuevo y ordenó en el sistema más completo hasta hoy (1), han de desarrollarse tambien de una manera sistemática en toda metodología jurídica un tanto extensa. Aquí tenemos que limitarnos á las más importantes; pero recordando siempre que el Derecho es un concepto biológico, en todas cuyas relaciones se presentan, por consiguiente, los diversos elementos esenciales de la vida, como principio, duracion, cesacion, etc.

---

(1) Sabido es que KANT ha expuesto las cuatro categorías capitales de la *cantidad*, *cualidad*, *relacion* y *moralidad*, distinguiendo en cada una de ellas otras tres subordinadas, la tercera de las cuales debiera ser siempre union de las dos anteriores.—El sistema de HEGEL es un desarrollo dialéctico de las más de las categorías kantianas tan sólo, las cuales reciben otra disposicion, aunque frecuentemente se determinan de una manera más precisa.—El sistema de KRAUSE descansa, por el contrario, en una reforma de la doctrina de las categorías, completamente nueva y radical, pero que parece demasiado su-

Dichas categorías principales del Derecho y su ciencia son las siguientes:

1. *Unidad.*—La unidad es ante todo la del principio mismo del Derecho, en el cual se expresa la unidad de la vida bajo el aspecto jurídico. Esta unidad debe penetrar todo el sistema jurídico, lo cual hasta aquí no ha acontecido, pues no existe unidad alguna de principio comun para la esfera privada y la pública, ni aun para las instituciones particulares de la primera. La razon de esto se halla en la insuficiencia de los conceptos jurídicos hasta hoy expuestos, toda vez que ni el de la coexistencia, ni el del potestad ó imperio bastan para determinar relacion alguna de Derecho. Y sin embargo, sólo á condicion de poseer la unidad de un principio exactamente formulado, puede existir una ciencia. De cuánta importancia práctica sea esta exigencia, se muestra en las reformas que ciertas instituciones experimentan tan luego como se las refiere á un principio unitario. Así acontece con la reforma de Justiniano en la herencia intestada, fundándola en el principio de la consanguinidad; la de esta misma forma de sucesion, rigorosamente desarrollada y aplicada con buen sentido práctico, segun el principio de las líneas, por el Código austriaco; la del nuevo régimen hipotecario aleman, fundado sobre el principio de la publicidad y la especialidad. En el Derecho positivo, ninguna institu-

perior para la superficial filosofía de hoy. Sólo ERDMANN (aunque él admira sobre todos á Hegel) ha hecho notar en su fundamental *Historia de la Filosofía moderna (Gesch. der neueren Philosophie*, vol. III, sec. II, 1843, pág. 686 y 861), que únicamente dos filósofos, Hegel y Krause, han devuelto á la Filosofía una Metafísica con su sistema de categorías, que "asegura á Krause un alto lugar entre los filósofos alemanes"; y que "esos dos hombres (con sólo ya el intento de establecer un sistema de categorías y aunque no se esté de acuerdo con esas categorías ó con el modo de deducirlas) merecen, por esta razon, el honor de haber reasumido todo lo que el desarrollo de la ciencia hasta entonces habia presentido."

cion puede ciertamente mostrar unidad, cuando le falta; pero es mision de la ciencia llamar la atencion sobre esto para indicar el camino de la reforma.—La unidad no debe confundirse con la identidad ni con la union y armonía (1). Merced á aquella y á la manera fundamentalmente unitaria de tratar el Derecho y sus instituciones, se alcanzan tambien en la construccion la pureza, la hermosura, la verdadera elegancia jurídica; se hace visible una bella economía con que pueden determinarse muchas cosas con cortísimo número de ideas (cuando con un concepto «se cortan de un golpe muchos nudos»); se confirma tambien en el Derecho la sentencia de Leibnitz de que «las ciencias se abrevian aumentándose» y la «simplificacion» á que los autores de los códigos modernos aspiran tendrá cumplido fundamento y continuará siendo un problema ulterior de la ciencia.

2. La *seidad* y *sustantividad.*—Asi como el Derecho y su ciencia tienen una independencia relativa, así tambien todas las instituciones y relaciones del Derecho deben determinarse, ante todo, en sí mismas conforme á su propia naturaleza y fin, lo cual excluye, en prímer término, toda analogía y paralelismo. El derecho romano, por el contrario, ha faltado á este principio muchas veces, con sus *quasi*-conceptos (2)

(1) V. núm. 4.

(2) La singular frecuencia con que la partícula *cuasi (quasi)* aparece usada en los códigos y en los tratadistas de Derecho, que á cada momento se valen de los términos cuasi-tradicion, cuasi-posesion, cuasi-usufructo, cuasi-contrato, cuasi-delito, etc., etc., inclina, sobre todo hoy que tantos y tan maravillosos adelantos han hecho las varias ciencias que se ocupan del lenguaje, á examinar cómo ha surgido en cada caso la necesidad de emplearla.

Observaron los juristas que para trasmitir el dominio de las cosas era requisito indispensable el entregarlas de un modo visible y material, pasando la alhaja ó el caballo de mano á mano, poniendo los piés en la finca el adquirente, ó recibiendo las llaves de la casa, y á esto llamaron *tradicion*. Pero llegó un dia en que hubo necesidad de trasmitir ciertos derechos, que por su naturaleza recibieron la deno-

y sus acciones *útiles*, por no hallar en ocasiones la razon superior comun para diversas esferas. Como nota esencial y particular, se aplica este concepto á la determinacion

minacion de cosas inmateriales, y respecto de las cuales no cabia la entrega en aquella forma; y, sin embargo, era preciso hacer posible su enajenacion. ¿Cuál era el medio de salvar la dificultad, esto es, de satisfacer una necesidad práctica, y, al mismo tiempo, de no destruir el concepto consagrado de la *tradicion*? Llamarla en este caso *cuasi-tradicion*.

Vieron asimismo que, por lo general, se entraba en posesion de una cosa y se continuaba en ella, mediante la tenencia material de la misma, y se consideró esta circunstancia como requisito esencial de la *posesion*. Pero llegó tambien un dia en que se echó de ver que se gozaban y disfrutaban determinados derechos, y, sin embargo, no era posible respecto de ellos aquella condicion. ¿Cómo resolver el conflicto? De un modo igual al anterior: inventando el término *cuasi-posesion*.

Comenzaron los hombres á cederse mútuamente, por un tiempo limitado, las cosas que poseian, á fin de que el cesionario se sirviera de ellas, á condicion de devolverlas al cedente para que éste pudiera continuar utilizándolas; y los juristas consideraron como requisito indispensable del *usufructo*, el *salva rerum substantia*. Pero luego observaron que podrian darse para este fin cosas que se consumian totalmente por el uso, como el dinero y el trigo; y era preciso, ó renunciar á la definicion admitida, ó negar que fuera posible en tal caso. Se resolvió el problema inventando la denominacion de *cuasi-usufructo*.

Creyeron los juristas que toda obligacion nacia de un acto de la voluntad recta ó torcida, y proclamaron que eran fuentes de aquella el *contrato* y el *delito*. Pero luego hubieron de reconocer que nacian tambien de otros actos que propiamente no eran ni lo uno, ni lo otro, aunque se asemejaban á ellos á su parecer; y salieron del conflicto añadiendo á éstos el *cuasi-contrato* y el *cuasi-delito*.

Estimó justo el legislador que el hijo hiciera suyo lo que ganaba en el campo de batalla, y creó el peculio *castrense*. Más tarde pareció que la misma razon habia para que fuera de su propiedad lo que adquiria en el ejercicio de cargos civiles, y apareció el peculio *cuasi-castrense*.

Resulta de estos ejemplos, lo mismo que de otros que omitimos en gracia de la brevedad, una cosa, á nuestro juicio, clara. Los pueblos y juristas, intérpretes del sentido jurídico de aquellos, en vista de un

de muchas relaciones importantes, la propiedad, v. gr., es un derecho sustantivo, independiente, al contrario de la servidumbre; nota que en aquella institucion es más importante que la usual de la «totalidad del poder» la cual ni es esencial ni siempre concurre. De igual suerte se dividen las obligaciones en independientes y dependientes, y se dis-

número determinado de hechos, llegan, pues, sin procedimiento inductivo, á formar un concepto cerrado de una institucion, haciendo entrar en la definicion de la misma todas las circunstancias comunes á los hechos observados. Más tarde la vida se desenvuelve, se hace más compleja, y surgen otros nuevos, análogos, pero no iguales á los anteriores; y entonces se entabla una lucha entre el sentido estrecho y dogmático consagrado y las exigencias de la realidad y de la práctica. Y como los principios tradicionalmente admitidos han pasado poco ménos que á la categoría de axiomas, de cuya verdad ni siquiera se duda, y de otro lado, las nuevas relaciones nacidas por virtud del progreso social reclaman ser reconocidas y amparadas por el Derecho, se resuelve el conflicto, segun hemos visto, de un modo que es muy racional, puesto que lo que se hace al servirse de la partícula *cuasi*, es, de una parte, mantener el antiguo sentido, y de otra, reconocer que es incompleto; es decir, á la vez ratificarlo y rectificarlo, y eso es lo que cuadra en unos momentos en los que la conciencia jurídica social, ni tiene capacidad para levantarse á la concepcion de un nuevo sentido más ámplio y comprensivo, ni puede cerrar los ojos á la luz negándose á reconocer lo que en realidad se muestra con toda evidencia.

Esta antinomia desaparece el dia en que la Ciencia ilustra á los pueblos y les demuestra, no sólo la insubsistencia de esos conceptos estrechos y cerrados, sino la necesidad de sustituirlos con otros más exactos y verdaderos, en los que quedan comprendidos todos los hechos, así los que sirvieron para la primera definicion, como los que más tarde obligaron á servirse de la partícula *cuasi*. Hoy todavia en los códigos y en los tratados de Derecho son de uso frecuente estos vocablos compuestos, pero algunos han desaparecido ya, y los demás correrán igual suerte; pues es claro que el dia en que jurisconsultos y legisladores reconozcan que no es característico de la tradicion, de la posesion, del usufructo, etc., aquello que no conviene á la cuasi-tradicion, á la cuasi-posesion, al cuasi-usufructo, y sí algo que cuadre á ambas, este algo será el fundamento del concepto de cada institucion jurídica y lo expresado en su única y simple denominacion.—(A.)

tinguen las solidarias de las co-reales por la sustantividad de la razon de obligar.

3. La *todeidad ó integridad (Ganzheit)*, que no debe confundirse, segun frecuentemente se hace, con la *totalidad (allheit, Totalität)* es la propiedad del todo en cuanto abraza en sí unitariamente una pluralidad (1) y tiene grande importancia en el Derecho. Así, el sistema de éste constituye un todo é igualmente cada una de sus particulares esferas, dominada por la unidad de su peculiar principio. Precisamente importa mucho en el Derecho considerar todas las relaciones y elementos esenciales como un todo unitario donde cada término condiciona á los restantes y donde la falta ó decadencia de un elemento primordial trae siempre consigo efectos jurídicos. A consecuencia del interior y unitario enlace entre todos sus términos, que mútuamente se sirven y sostienen, es el Derecho un todo orgánico íntimamente coordinado, cuyas partes son de dos clases, cualitativas y cuantitativas, siendo frecuente error el de considerar como partes sólo á estas últimas, ya que en todas las esferas de la ciencia y de la vida hay partes cualitativas tambien. En el Derecho ha conducido este error, por ejemplo, á negar la llamada propiedad dividida (2).

4. La *union*, enlace ó armonía no ha de confundirse tampoco, segun ya se dijo con la unidad: v. gr., una *communio* con una *universitas;* una comunidad de bienes con una unidad de bienes, como por ejemplo, en el matrimonio (3). Pero la unidad y la union pueden coexistir en una institu-

(1) No es rigurosamente exacta la explicacion de esta categoría é induce al error—de graves consecuencias, no sólo en la Metafísica, sino en todos los órdenes, incluso en el del Derecho—de entender que el todo no es tal, sino por relacion á sus partes. Véase sobre este punto la *Analítica* de SANZ DEL RIO.—(*N. T.*)

(2) V. §. 27.

(3) V. pág. 373, t. II, nota (3).

cion jurídica, determinadas ambas jurídicamente: tal acontece en las corporaciones del derecho germánico.

5. *Fundamento y causa.*—Ya en otro lugar (1) hemos llamado la atencion sobre la diferencia esencial entre estos dos conceptos, diferencia que se reconoce objetivamente en todo Derecho, á pesar de las denominaciones, contrarias á la realidad y aun al lenguaje, en que todavia se confunden. La razon ó fundamento jurídico, que puede ser inmediato y mediato, es siempre algo objetivo, puesto en el objeto y sus relaciones mismas, tales cuales son ó se establecen en sí; mientras que la causa, por el contrario, se halla tan sólo en la voluntad de una ó más personas, diversamente determinable. Así, el fundamento del Derecho en general, se halla en las relaciones reales de la vida; y la causa de su orígen, en los actos voluntarios, conscientes ó inconscientes: la *traditio*, por ejemplo, considerada como hecho externo, es el fundamento inmediato de la trasmision de la posesion, pudiendo ser el remoto, cualquier negocio del que dicha posesion depende (v. gr., la venta, la donacion); pero la causa es la voluntad del que trasmite y el que recibe, cuya voluntad puede determinarse de muy diversos modos (v. gr., por el engaño), sin que por esto tenga lugar alteracion alguna en el fundamento y en su consecuencia, á saber, la trasmision de la posesion. Los principios jurídicos sobre la razon objetiva del Derecho y sobre su causa subjetiva deben, pues, distinguirse (2). Aun en los contratos, hay que hacer esta distincion entre el fundamento, dado por el fin real (v. gr., préstamo, compra-venta, etc.), y la voluntad contractual en sus varias determinaciones posibles; diferenciándose, por tanto, el contrato mismo, como mera causa originaria de la rela-

(1) V. pág. 109, t. I.
(2) V. §. 16.

cion, y la razon contractual que se encarna en todas sus consecuencias esenciales.

6. *Materia* y *forma*.—La importancia, así como la distincion de estas dos categorías está ya suficientemente reconocida en el Derecho, pero no suficientemente aplicada aún. Por ejemplo, en la teoría de los contratos, raras veces se hace la division de éstos en materiales y formales (1). Y tan necesario como es entender en el Derecho la materia ó fondo, lo es reconocer donde quiera las formas jurídicas más adecuadas á aquella, asegurarlas y evitar de esta suerte la informalidad, contraria á la seguridad del Derecho.

7. La *cantidad* ó magnitud y su determinacion, tampoco debe confundirse con la todeidad, siempre idealmente determinada, si bien puede ser asimismo ideal, ó en otros términos, una mera representacion, pero expresando constantemente una relacion exterior determinable por números (2). Las partes cuantitativas deben, pues, distinguirse de las cualitativas: v. gr., las alícuotas en el *condominium* de los derechos en diversos sentidos que caracterizan la propiedad dividida del sistema germánico. En el derecho romano domina principalmente el principio cuantitativo, porque casi se reduce á derecho de bienes.

8. La *cualidad* se desconoce con frecuencia en importan-

(1) V. §. 41.

(2) Se observa que las categorías referentes á la de la todeidad participan de la vaguedad y descuido que en aquella hemos hecho advertir. Así, por ejemplo, la cantidad no se dice sólo de relaciones "exteriores"; así tambien, las partes, *siempre* cuantitativas, expresan la distincion y pluralidad en el objeto, considerado como un todo (ó, mas bien, en cuanto él es un todo en sí mismo); y las que el autor llama "partes cualitativas" merecen más exactamente el nombre de "cualidades" y resultan asimismo de la distincion, division y pluralidad en el objeto, pero en razon de su propiedad, seidad ó sustantividad.—(*N. T.*)

tes relaciones jurídicas y especialmente en la division. En tanto que todas las ciencias admiten partes cualitativas (la Antropología, espíritu y cuerpo, como elementos del hombre; la Fisiología, los miembros, como partes del cuerpo determinados por funciones cualitativas, etc.), se ha pretendido poner en duda en el Derecho la posibilidad de la division cualitativa de una cosa, admitiendo sólo la cuantitativa. Y pues una cosa puede tener diversas funciones para diversas personas, permaneciendo, sin embargo, en cada uno de estos respectos como un todo íntegro é indivisible, resulta de aquí una division cualitativa, que constituye en cierto modo el organismo funcional de la cosa; v. gr., en la propiedad.

9. La *relacion* ó referencia (que comprende mucho más de lo que Kant entiende bajo este nombre) tiene en el Derecho muy extensa importancia. En primer término, ya el Derecho es de por sí un concepto de relacion, puesto que ordena las de la vida, en cuanto son mútuamente condicionales. Ahora bien, la condicionalidad expresa la recíproca determinacion entre términos coexistentes (1), en la realidad ó en la intencion; y la determinacion tiene lugar en razon de un fin necesario ó libremente elegido y puede concebirse de diversos modos, á saber: ó están desde un principio determinados los tres elementos, persona, cosa y relacion, ó uno de ellos no lo está todavia, pero es determinable. De aquí muy importantes relaciones que en la ciencia se han entendido erróneamente en diversos respectos y que debemos exponer en sus géneros pincipales.

A. La indeterminacion determinable de la *persona* puede tener lugar en uno de los términos de la relacion jurídica,

(1) No parece posible traducir mejor la frase: *das Sicheinanderbestimmen des Zugleichseienden*, que es la que usa el autor, en este como en otros lugares, y que literalmente viene á decir: "el mútuo determinarse de lo coexistente."—(*N. T.*)

cuando depende que se determine de ciertas condiciones y suposiciones.

a) Así se decide la cuestion sobre la personalidad jurídica de la *haereditas jacens*, cuestion nacida tan sólo de que este derecho no permite, como el germánico, que los bienes pasen inmediatamente al heredero y únicamente le permite despues repudiar la herencia; sino que exige préviamente la adicion, de suerte que, entre la muerte del testador y la declaracion del heredero, el patrimonio parece carecer de sugeto: y para llenar esta laguna concibieron los romanos la *haereditas*, en cierto modo como una persona *(quae personae vice fungitur)*; pero esta personificacion de la fortuna, ficcion cómoda, pero que infringe el primer principio del Derecho, es completamente innecesaria, cuando puede señalarse con exactitud el momento de la determinacion de la persona. La sucesion del difunto permanece siempre determinada para un sugeto, aunque éste sea en último término la personalidad jurídica del Estado, á quien podria pertenecer, como cosa sin dueño. Prescindiendo de esto, la persona está determinada por el testamento ó por la ley, existiendo siempre sucesor y siendo completamente seguro desde el principio que existirá: este sucesor, que se determinará con toda certeza, aunque sólo en un tiempo venidero y bajo ciertas suposiciones, es la persona y sugeto de los bienes; y, además del caso en que dicho sucesor es el Estado, una autoridad de éste, que protege el testamento y ha sancionado la sucesion intestada, es la que desempeña la administracion de la herencia para el sucesor inmediato. La sucesion, pues, se enlaza idealmente á la muerte, sin solucion de continuidad.

b) Cosa semejante acontece en las fundaciones. Tambien aquí se ha querido erigir el fin en persona jurídica, por medio de otra ficcion, pretendiendo negar todo valor en Dere-

cho á las personas indeterminadas, pero siempre determinables. Pero en la fundacion, el sugeto es una comunidad ideal de personas determinables y ciertas, en parte ya existentes, en parte existentes en lo venidero y en las cuales debe cumplirse el fin: como los pobres, los huérfanos, los enfermos, etc. (1).

c) Una relacion semejante se halla en el derecho de obligaciones. Quien ofrece un premio para una obra literaria, una invencion, etc., inmediatamente, no hace más que una proposicion, la cual, sin embargo, le deja obligado, segun la naturaleza del asunto, á consecuencia de los trabajos ajenos que pueda producir su invitacion.

Ahora bien, el contrato solo está cerrado cuando una ó más personas han declarado, por medio del acto correspondiente, v. gr., por el envio de la obra, que aceptan la proposicion, donde ya sólo se trata de llenar las condiciones de ésta. En tales casos, se ha supuesto erróneamente la existencia de un contrato con el público, ó *cum incerta persona*; pero tal contrato no existe en un principio, sino únicamente una oferta, la cual empero sólo despues de cierto tiempo es lícito retirar, como, por otra parte, acontece cuando la promesa se hace por escrito. Otro tanto sucede en la exposicion de una cosa para venderla, ya por su anuncio, ya por medio de licitacion. Y de igual modo, cuando se arrojan objetos (2) á una multitud, la cosa vá destinada al que primero la coge.

B. La indeterminacion determinable de la cosa ú *objeto* del derecho no ha producido entre los jurisconsultos duda alguna, con ser el objeto un elemento tan esencial como el sugeto. Jamás se ha dudado de que un contrato puede estar

(1) V. §. 22.
(2) Monedas, por ejemplo.—(*N. T.*)

perfecto, aun cuando la cosa necesite ulteriormente determinarse en algun respecto, lo cual puede acontecer ya por eleccion del deudor ó del acreedor, ya por la de un tercero, ya por un suceso accidental.

C. Por último, la indeterminacion determinable puede tambien referirse á la relacion jurídica, aunque en pocos casos. Se puede, v. gr., prometer á otro donarle la cosa, bajo ciertas condiciones ó comprársela en un determinado precio. En el derecho real un jurisconsulto moderno (Böcking), en el concepto de la propiedad, tan difícil de definir, ha querido ver, aunque sólo en parte con acierto, que esta institucion es el imperio, en sí determinado, pero eminentemente determinable, mientras que la servidumbre expresa siempre un poder concretamente determinado sobre cosa ajena.

10. Las categorías del modo de existir, del modo de ser ó de la modalidad, íntimamente enlazadas con la de la relacion, á saber, necesidad, posibilidad y efectividad, con sus contrarias accidentalidad, imposibilidad é inefectividad, reciben en el Derecho las más diversas aplicaciones, segun es bien sabido; porque en él se refleja la vida, y ésta se informa con todas sus relaciones conforme á estas categorías, apareciendo, por tanto, las determinaciones del Derecho así principales, como secundarias.

11. Informándose exteriormente toda vida en el *tiempo* y el *espacio*, se constituyen tambien las relaciones jurídicas en estas formas de la existencia, las cuales son únicamente formas de manifestacion de dichas relaciones, como lo son de la vida; merced á lo cual, jamás deben considerarse como fundamento de dichas relaciones jurídicas, ni de su nacimiento y duracion, ni de su terminacion. Así, en la prescripcion y usucapion, no es el curso del tiempo, sino la negligencia en el ejercicio de un derecho y el respeto á la seguridad del comercio, lo que constituye el verdadero fundamen-

to decisivo (1). Pero si las relaciones jurídicas no se forman por el tiempo, tienen, sin embargo, que determinarse exactamente en el tiempo y en todo su curso; en el comienzo, prosecucion, efectos, interposicion de acciones, etc. Toda relacion forma en el enlace de todos los elementos dichos una unidad, que se distingue sólo en varias direcciones, cada una de las cuales necesita á su vez determinarse jurídicamente.

12. Finalmente, toda relacion jurídica debe referirse derechamente á las restantes esferas de la vida y en especial á la moral económica y jurídico pública, atendiendo de esta suerte al principio de la *consideracion*, prescrito por el encadenamiento y condicionalidad omnilateral entre los diversos órdenes de la vida; principio que se ha aplicado hasta hoy principalmente en el derecho germánico, aunque muchas veces de una manera impropia (2). Estas consideraciones no son cosa exterior y ajena al Derecho, sino que pertenecen á su naturaleza como principio que es de enlace, de union, de órden y armonía en las relaciones de la vida: por lo cual, ningun derecho, llegado á cierto grado de desarrollo, ha podido jamás prescindir de ellas por completo. Aun en el romano, relativamente el más inconsiderado en este sentido, se manifiesta un progreso constante en la creciente atencion á relaciones morales, económicas y públicas (3). Mas para estos respetos, que precisamente aumentan conforme vá aumentando la intimidad y fuerza del vínculo orgánico de la vida, se necesita hallar tambien un principio práctico, un criterio directivo, á fin de que ciertas exigencias ideales,

(1) No son estos tampoco los que pueden legitimar respectivamente la pérdida y la adquisicion de los bienes por tal medio, sino la presuncion jurídica de la renuncia del propietario, derivándose de este principio las condiciones esenciales de la prescripcion, no siempre respetadas en las legislaciones positivas.—(*N. T.*)

(2) V. p. 438, t. II.

(3) V. p. 161, t. II.

justas en sí mismas (1), pero hasta cuya altura no se ha elevado todavia la sociedad, violenten el curso y estado natural de las cosas. Este principio práctico no se halla en otra parte que en las costumbres y en la conciencia pública ilustrada, á la cual debe, pues, otorgarse la posibilidad de ex-

(1) Este juicio supone como base el reconocimiento de la antigua division entre la justicia absoluta (ideal) y la histórica, distincion ahondada como nunca por la escuela del Derecho natural y que se ha intentado insuficientemente resolver en dos distintos sentidos: el de HEGEL, que en cierto modo absorbe el derecho positivo en el ideal, y el del positivismo, que hace lo contrario; v. gr., en los trabajos de KIRCHMANN. Mientras no se conciba con toda claridad 1) que no hay *dos* derechos, sino uno solo, que se manifiesta cada vez á su modo; 2) que esta manifestacion es *siempre* justa y adecuada en el *fondo*; 3) que puede, sin embargo, producirse mezclada y manchada de injusticia en la forma y tenor literal—que pudiera decirse—de las instituciones positivas, no se evitará esta dualidad, que con tanto daño se mantiene en las disputas de las escuelas y en la vida práctica. El hecho, por ejemplo, de la subordinacion y tutela de los pueblos ménos cultos, bajo otros más inteligentes y civilizados, es ley esencial de la Historia; pero ¿se ha realizado en todas ocasiones como lo exigia la justicia del momento, esto es, la justicia *absoluta*, tal cual en aquel momento pedia ser cumplida? Díganlo el despotismo de las castas, la esclavitud, el absolutismo colonial, etc. Y no vale afirmar que estas formas históricas han sido tales como necesariamente habian de ser, segun el sistema de condiciones, influencias y grado de desarrollo de cada sociedad humana: hasta donde alcanzan las memorias históricas, se hallan siempre protestas contra las crueldades y tiranías de todas clases, dando señal indiscutible de que, en el fondo de toda diversidad de raza, cultura y circunstancias, se ha hecho siempre sentir la voz unitaria de la conciencia, más ó ménos clara, sin duda, segun pueblos y tiempos; pero siempre activa en el fondo y jamás muda. Sin discernir todos estos elementos complejos (cosa más delicada ciertamente que resolver el problema con soluciones *a priori*, como las del positivismo, que así sale fácilmente del paso), jamás se podrá hallar el fondo puro, sano y legítimo que en la Historia siempre se revela, ni separarlo de las injusticias con que á veces lo desfigura el sugeto y agente de esas mismas manifestaciones: condicion necesaria para decidir hasta qué punto ha cumplido cada tiempo con lo que de él podia y debia exigirse, segun el sistema de condiciones

presarse en el Derecho; naciendo de aquí la necesidad de una representacion adecuada al estado moral de la cultura, para la obra de la legislacion, así como la importancia de reconocer el valor del derecho consuetudinario que refleja esas mismas costumbres. En estos conceptos fundamentales ó categorías, aquí solo indicados de una manera general y de ningun modo por completo, conceptos que se aplican á las relaciones jurídicas y se enlazan entre sí de varios modos, se encierra la base para el método jurídico (1). Aparece este método, como el Derecho mismo, adecuado á las relaciones de la vida; y existiendo estas relaciones en realidad y verdad, necesita el método descansar á su vez tambien en ésta y ex-

que han de tenerse en cuenta para esta apreciacion, y desde dónde se ha apartado, sin necesidad alguna y por causas é influjos que al historiador no es lícito menospreciar, del recto camino que sus antecedentes le indicaban. Hablar, pues, de una justicia ideal, buena en sí misma, pero mala por relacion al tiempo, vale tanto como olvidar el verdadero concepto de la justicia: porque nada puede ser en sí justo sino en relacion á cada caso y punto concreto en la vida, segun con plena legitimidad afirma el positivismo; errando sólo al suponer, con su habitual falta de circunspeccion y prudencia científicas, que nada hay de comun entre todas estas diversidades, ni principio, por tanto, absoluto que en ellas se revele. Filosofía es ésta, maravillosamente apta para suministrar autorizada fórmula al punto de vista del pensamiento vulgar, el cual ante el eterno contraste y variedad que ofrece siempre la superficie de las cosas y el curso de la vida, perpétuamente nueva, se cree dispensado de ver qué lleva la corriente en su fondo y aun de estudiar esta corriente en sí misma. Pero la Humanidad y cada sociedad humana, aun la total de esta tierra (que á pesar de Hegel y de Vogel, tuvo su principio y tendrá tambien su fin), es una y entera como el indivíduo, desde el primer momento hasta el último, no obstante la infinita diversidad de sus estados.—(*N. T.*)

(1) Estas categorías debieran ulteriormente aplicarse sistemáticamente á todos los elementos capitales de la relacion jurídica, á la persona, al objeto y á la relacion en sí misma; pero esta amplitud no cabe en los límites de la presente obra, en la cual sólo la teoría de las cosas se expone en parte de este modo y segun las expresadas categorías.

cluir ó eliminar toda ficcion; pues ésta consiste siempre en suponer un hecho contrario á la realidad para apoyar en él relaciones jurídicas. En el derecho romano se explican las innumerables ficciones por sus primeras bases y por el modo de su desarrollo. Los pretores, á quienes no era lícito derogar directamente la ley, necesitaban, cuando no bastaban las analogías (aun las más remotas), frecuentemente quizá fingir esos hechos para poder dictar nuevas disposiciones, como si se contuviesen en un precepto antiguo, v. gr., la ficcion de la *lex Cornelia* de la *actio Publiciana;* y los jurisconsultos procedian de análogo modo, estableciendo en su sistema teórico de obligaciones los *quasi* contratos y *quasi* delitos, por desconocer el fundamento exacto y más profundo de estas relaciones. En el sistema del derecho romano actual, muchas ficciones de esa clase se han reducido bajo conceptos y divisiones más reales, mientras otras se han conservado y aun exagerado; pero el nuevo espíritu crítico, nacido del sentido y tendencia de la verdad y que comprende de una manera superior á la antigua hasta la misma ciencia del derecho romano, ha movido ya una lucha contra ese sistema, lucha que crece cada dia, especialmente contra una de las más sorprendentes, á saber, la supuesta personalidad jurídica de la *haereditas jacens* (1). El término de esta lucha, que será la exclusion de toda clase de ficcio-

(1) Especialmente la impugnan WINDSCHEID en su *Ojeada crítica (Krit. Ueberschau*, vol. I, p. 181) y KÖPPEN, el cual, en su trabajo sobre *la Herencia (die Erbschaft)* llama á la ficcion en general "una astucia jurídica." Ya SAVIGNY en sus *Sist. del D. r.*, t. II, §. 102, se habia declarado contra esta ficcion; mientras que, por el contrario, IHERING en los *Anales de dogmática del Derecho*, t. I, vuelve á defender la personalidad jurídica de esta "pobre y perseguida *haereditas jacens*"; pero, siguiendo la comparacion, es una fiera que ha entrado en el terreno del Derecho, en el cual necesita ser muerta ó más bien domesticada y sometida á la regla.

nes del Derecho, sólo se alcanzará cuando, por una parte, se comprenda perfectamente y en todos sus elementos esenciales el principio del Derecho y se alcance, por otra, una imparcial y exacta idea de las relaciones biológicas en todas las cuestiones. Las ficciones han sido, ciertamente, en el derecho romano un medio de progreso; pero hoy son barreras que cierran el paso en el camino de la verdad y de la ciencia (1): pues todo concepto jurídico necesita ceñirse inmediatamente á una relacion biológica, tal cual es. Este es el camino recto del Derecho, cualquiera otro es un rodeo.

El método jurídico se mueve en tres funciones especiales, que le son comunes con todas las demás ciencias, á saber: el análisis, la deduccion y la construccion. Forma el prime-

(1) Verdad es que KUNTZE, en su obra *La Obligacion y la sucesion singular*, *etc.* (*Die Obligation und die Singularsuccession u. s. w.*, 1856, p. 88), ha llamado á las ficciones, en un elogio fantástico, "la pátria de los génios del Derecho"; pero no son sino abortos de una ciencia todavia extraviada en cuanto á los primeros principios y que, como fuegos fátuos, apartan del recto camino. Quien más lejos ha ido por esta senda extraviada ha sido BERGER (*o. c.*, p. 81), al concebir la ficcion como la "sustitucion ideal de una cualidad jurídica á un substrato de hecho al cual no conviene dicha cualidad": con lo cual, en el fondo, todos los conceptos jurídicos de personas y de cosas, y aun los del lenguaje, pues que idean algo real, se convierten en ficciones. UNGER en las *Hojas austriacas de literatura y arte* (*Oesterr. Blättern für Literatur und Kunst*, 1856, números 30 y 31) se expresa en sentido contrario.—No deben confundirse las ficciones con las presunciones, tan necesarias en el Derecho, y sobre las cuales BERGER (*o. c.*) ha hecho excelentes observaciones; igualmente deben distinguirse de las hipótesis ó suposiciones preliminares, lícitas en las ciencias, pero que jamás pueden excluir la posibilidad de la prueba. Las ficciones jamás aprovechan á una ciencia, conduciendo, siempre, por el contrario, á errores más ó ménos graves. Así, por ejemplo, en la ciencia natural la teoría de los átomos no es una hipótesis, sino una ficcion: porque contradice á la idea y á la realidad de la materia, sin poder jamás ser probada; y juntamente

ro, el natural comienzo de toda ciencia: en la del Derecho, su mision consiste, ante todo, en indagar y descomponer, con exactitud, conforme á su interior naturaleza y á todas sus circunstancias, las relaciones de la vida que han de recibir una regulacion jurídica. Este análisis supone conocimiento del asunto y de su especialidad, conocimiento que el jurisconsulto necesita adquirir en general, ó á lo ménos en cuanto á los elementos concernientes á su fin, si le ayuda su sentido jurídico para descubrir en dichas relaciones el aspecto que corresponde al Derecho. Si, por ejemplo, intentamos determinar la naturaleza jurídica de un Banco de giro, tenemos que conocer exactamente las condiciones de los Bancos en general, y en especial de los de esta clase; despues de lo cual, y merced á la deduccion y la construccion, hallaremos que se determinan segun el concepto jurídico de la co-propiedad (1).—Pero cuando ha terminado el análisis real, hay que indagar el concepto jurídico que corresponde al objeto,

---

la más poderosa rémora para una concepcion profunda y dinámica de la naturaleza y su vida, y la más fuerte arma para el materialismo; siendo impugnada por ilustres naturalistas modernos, á ejemplo de LEIBNITZ, KANT, SCHELLING y otros, como un error perjudicial. A toda ficcion puede aplicarse lo que KANT decia de esta en sus *Principios metafísicos de la ciencia de la Naturaleza (Metaphys. Anfangsgründen der Naturwissenschaft*, 1.ª ed., 1786, p. 99): "el vacio absoluto y el absoluto lleno (átomo) vienen á ser, en la ciencia natural, lo que el ciego accidente y la suerte ciega en la Cosmología metafísica, á saber, un obstáculo para el imperio de la razon, bien para que la imaginacion usurpe su lugar, bien para que descanse sobre el comodin de las cualidades ocultas."

(1) IHERING, en los *Anales de dogmática del Derecho actual (Jahrb. für die Dogmatik des heut. R.*, p. 44); pero ya antes lo habian conocido los economistas nacionales: V. KUDLER, en sus *Teorías fundamentales de la Economía nacional (Grundlehren der Volkswirthschaft*, I §. 170), donde nota que cada interesado en un Banco se hace en realidad propietario de la fortuna de éste por la suma inscrita á su favor.

derivando entonces (deduciendo) del todo de principios rectamente conocidos, aquel que conviene á las relaciones de que se trata. Así, en el ejemplo anterior, se podria desde luego apelar al concepto jurídico de la sociedad; pero una consideracion más exacta conducirá á aquella particular especie de sociedades que descansan en la co-propiedad, donde nace á su vez la cuestion de si esta relacion dada ha de estimarse segun el referido concepto de la co-propiedad sin suponer sociedad alguna.—Por último, completo el análisis y hallado en general el concepto jurídico que á su objeto corresponde, principia entonces la construccion, concertando ahora este concepto, en todos sus elementos específicos, con las relaciones analíticamente indagadas, de tal suerte, que se garanticen mútuamente. Entonces es cuando la construccion tiene unidad, verdad y perfeccion. Hasta hoy no existe en la ciencia del Derecho construccion completa y exacta para muchas de sus instituciones capitales, ni para la posesion, ni para la propiedad, la servidumbre, la prenda, ni para la obligacion, ni aun para el contrato: todos estos conceptos se hallan controvertidos todavia, esperando su verdadera construccion que sólo puede verificarse á favor de una doctrina filosófico jurídica más fundamental y de una más acertada consideracion de las relaciones biológicas. Precisamente esta construccion más exacta de los conceptos radicales es el fin capital á que se dirige el presente trabajo.

Este método completo y realizado con legitimidad por todos los elementos generales y particulares y en las tres funciones explicadas, se distingue esencialmente de todos los empleados hasta aquí, todos parciales y aplicados las más veces, sin clara conciencia de sus principios directivos. Si el antiguo método del Derecho natural pecaba por querer fundir todas las relaciones igualmente, en el molde de ciertas ideas abstractas, sin indagar rigurosamente las relacio-

nes de la vida y sin considerarlas tales como debian ser en la idea, ni tales como eran en la experiencia, el método actual romanista se vale hoy de un concepto enteramente imperfecto del Derecho y de categorías biológicas insuficientes (1); y la exigencia, tantas veces formulada en los tiempos modernos, de un método *natural* para el Derecho, esto es, análogo al de las ciencias naturales, descansa igualmente en la falta de conocimiento de que cada ciencia, relativa á una esfera completamente diversa, pide un método propio, por más que, en virtud de la unidad superior de todas, posean tambien todos los métodos ciertos conceptos fundamentales comunes, así como las tres esenciales funciones expuestas. Y pues el Derecho no es de manera alguna, cosa natural ó física, sino un concepto ético, le es inaplicable el método natural.

Cierto que los germanistas han tenido en cuenta con ma-

---

(1) IHERING, en su Memoria titulada *Nuestra mision (Unsere Aufgabe)*, inserta en los *Anales* que acabamos de citar, y en la cual, sin embargo, hace muchas comparaciones ingeniosas, pero que no son completamente exactas, afirma, por el contrario, que en el derecho romano existen cuantos medios son necesarios para toda construccion jurídica y que el recelo de que el progreso ulterior pueda traer consigo alguna cosa absolutamente nueva, es tan infundado, como si se creyese que podian descubrirse hoy todavia animales que no tuviesen absolutamente ningun lugar en el sistema de la ciencia contemporánea. Pero la jurisprudencia, aunque "trabajada desde siglos hace", se halla en un grado relativamente muy inferior al de la moderna ciencia natural; pues á pesar de que todavia hace poco creia ella condensar todo el Derecho (como "derecho universal)" en el *Corpus juris*, se halla aún en la época escolástica, en la cual, la ciencia de la Naturaleza pretendia sacar su saber de los libros de Aristóteles, en vez de investigar directamente la vida natural. Ahora bien, Ihering, que precisamente aspira, en union de otros, á destruir este punto de vista, hallará, pensándolo mejor, que, tanto el derecho romano, como el método derivado de su espíritu, necesitan ser completados y perfeccionados esencialmente.

yor precision las relaciones de la vida y rechazado en muchas materias la insuficiente construccion, por medio de conceptos romanos; pero nadie ha desarrollado hasta hoy un método independiente y completo. El intento de introducir el método hegeliano en la ciencia del Derecho no puede ménos de parecer igualmente insostenible á todo observador imparcial: pues que su pretension, ya ilegítima en sí misma, de construir las cosas de un modo puramente *a priori*, derivándolas de categorías, descansa en una subrepcion del contenido real de la experiencia y de la vida, que debia haberse investigado primero analíticamente, para poderlo determinar despues *segun* las categorías y no *desde* éstas. Sin embargo (1), todavia era más erróneo el método analógico y para-

(1) Aludo en esto especialmente al reciente ensayo de KUNTZE (V. su libro titulado *Punto de mira de la ciencia del Derecho.—Der Wendepunkt der R.-W.*—1856) para introducir en la ciencia del Derecho un método análogo al de la Filosofía de la Naturaleza de Schelling. Así como su primera obra *Sobre la obligacion, etc. (Ueber die Obligation, u. s. w.)*, á pesar de todas sus proligidades, revela un talento fundamentalmente culto y habilidad jurídica, este pequeño escrito contiene muchas ideas fecundas y es en el fondo un ensayo de aplicar sériamente el ponderado "estudio y método natural", y aun realmente la concepcion predominante del Derecho como "producto natural" (crecimiento natural, V. p. 56), que sirve de fundamento á la escuela histórica. Pero este ensayo difícilmente hallará eco aun en los *naturalistas* del Derecho. El error ha de buscarse en el punto de vista. Así como debe reputarse como un gran mérito de HEGEL en la Filosofía, haber referido el espíritu pensante á una disciplina rigurosa de conceptos precisos ó categorías, apartándose del fantástico método de analogías y paralelismos, empleado por Schelling y aplicado á todas las ciencias, así tambien considero, por mi parte, una condicion de progreso en el método jurídico que se indaguen todas las relaciones de Derecho, segun conceptos exactos directa é inmediatamente adecuados á la cosa y no meramente por comparaciones, reconociéndolas en sus fundamentos internos; pues si la analogía es muy importante y puede reputarse como una funcion de la "jurisprudencia superior", supone, sin embargo, aquellos fundamentos, en los cuales alcanza un firme punto de apoyo, al par que su necesaria limitacion.

lélico, apoyado en la antigua Filosofía de la Naturaleza de Schelling y que, si descubrió en verdad ingeniosas semejanzas entre el Derecho y la vida natural, jamás determinó relacion alguna conforme á rigurosos conceptos jurídicos.

El verdadero método, como el Derecho mismo, ha de seguir fielmente á las relaciones de la vida, en las cuales se refleja, no sólo el elemento de la naturaleza, sino el total carácter y fin éticos del hombre y de la sociedad humana.

PARTE GENERAL DEL DERECHO PRIVADO.

DESARROLLO DE LAS TEORÍAS GENERALES.

SECCION PRIMERA.

§. 4.—Doctrinas y preceptos jurídicos más importantes que nacen del principio del derecho privado.

El derecho privado deriva su carácter distintivo, conforme al concepto ya expuesto, del elemento de la propia determinacion ó libertad (autonomía); de suerte que aun los fines correspondientes á las relaciones biológicas y jurídicas se hallan sometidos á la libertad, en el sentido de que cada persona posee la libre eleccion (1) de esos fines y de los

(1) Ante el legislador ó el juez del Estado social, en suma, ante el magistrado público, así acontece en verdad; pero de ningun modo ante el *Derecho*, el cual rige todavia dentro de aquella esfera, aun en las más íntimas relaciones, cuyo gobierno, sustraido á la autoridad pública, no por esto es ménos necesario, ni puede quedar en razon abandonado al capricho y á la licenciosa arbitrariedad del sujeto. Tan imperiosamente obligatoria es ante la conciencia jurídica la eleccion, por ejemplo, de una profesion, segun todos los principios que para ella debemos tener en cuenta, como lo es ante el Estado oficial pagar el impuesto ó sujetarse á las formalidades de que depende la eficacia exterior de los actos jurídicos. Ni la esencia de las cosas, ni la relacion de los actos del sujeto con la voluntad, mudan lo más mínimo; lo único que muda es el tribunal ante el cual responde aquel de su hecho.

Enlázase este concepto del derecho privado, que expone Ahrens, segun es fácil advertir, con el que todavia reina de la libertad en el sentido de potestad indiferente, néutra y sin contenido imperativo: idea sobre la cual ya se ha insistido en otros lugares; como se enlaza tambien con el sentido reinante que estima contrarias la libertad y la

medios jurídicos para realizarlos. El derecho privado no puede, sin embargo, prescindir más de los fines que el público. Pues si en éste el fin objetivo sirve de criterio para la actividad comun mientras en aquel el sujeto escoge sus fi-

ley y destinadas á aumentar y disminuir en razon inversa una de otra. Pero sobre todo conviene hacer notar que, si los fines particulares y temporales de nuestra vida son tan necesarios é independientes de la voluntad arbitraria del sujeto como lo es nuestro total destino, del cual son aquellos manifestaciones temporales, en razon de las peculiares circunstancias en que nos hallamos, acontece otro tanto con los medios para dichos fines: pues, con efecto, si los medios totales, generales y fundamentales de que podemos y debemos hacer uso, son siempre idénticos y están en relacion con los fines humanos, para los cuales sirven (sin lo cual no serian tales medios), exactamente puede asegurarse lo mismo respecto de cada medio individual. No hay medio alguno que, si lo es, deje de corresponder esencial é inflexiblemente á una exigencia del fin: pues cuando nada hay en éste que pida la aplicacion del que reputamos medio, éste deja de serlo al punto. Todo medio, por tanto, es *necesario* para aquel fin, en relacion al cual es tal medio; y el sujeto que lo considera de otra suerte y lo deja de aplicar no logrará de modo alguno el fin proyectado, en la parte en que dicho fin depende del medio omitido. De aquí, si el sujeto ante el Estado (social) puede usar ó no los diversos medios de su vida segun su propio juicio y sin ser compelido en una ú otra direccion, ni penado dentro de la esfera que le está asignada y que ha de gobernar por sí propio, no consiste en que la eleccion de los medios dependa del arbitrio subjetivo, y no de la razon (ante la cual nada hay potestativo, optativo ó caprichoso, siendo todo esencial y necesario); sino en la inviolabilidad de aquel círculo, más ó ménos ámplio, segun los tiempos, circunstancias individuales y grado de cultura, pero siempre imprescindible, que corresponde regir autárquicamente á cada persona individual ó social.

En general, la facultad de elegir no corresponde al concepto de la libertad, sino al de la *libertad finita*. De Dios no puede decirse que elige, sino que pone los medios que rigurosa y directamente exige el cumplimiento de los fines divinos. Sólo el hombre, cuya limitacion le impide conocer muchas veces la exacta correspondencia entre los medios y los fines particulares, se halla perplejo ante varios, que le *parecen* en igual relacion con el fin, sin estarlo realmente: entonces opta por uno y prescinde de otros: no porque es libre, sino porque es limitado.—(*N. T.*)

nes, dan con todo los fines posibles del derecho privado la norma fundamental para todas aquellas instituciones como la propiedad, las servidumbres, los contratos, que se conservan por medio de leyes que ordenan y prohiben en absoluto. De aquí aparece cuán insuficiente y falso es concebir como meras relaciones potestativas (1) las de derecho privado; pues aun el poder jurídico, en esta esfera, ha de someterse en primer término á los principios generales del Derecho, y bajo éstos á las reglas que se derivan de las instituciones especiales. El derecho privado no asegura, por consiguiente, á cada persona esa libre eleccion, sino entre fines justos y regulares. Así, depende de ella resolver si la adquisicion de ciertos bienes y la extension de su poder sobre ellos ha de verificarse por medio de la permuta, de la compra, el arrendamiento, etc.; pero, elegido uno de estos medios, necesita sujetarse á las condiciones que en su naturaleza se fundan; de esta suerte, el derecho privado está gobernado tambien por normas objetivas é independientes del arbitrio del sujeto, y que dimanan, ya de la naturaleza ó sea del fin de cada institucion, ya de la necesidad de mantener el vínculo orgánico del Derecho con todos los principios esenciales de la vida, como la Religion, la Moral, la prosperidad económica; ya de un interés público. Estas reglas forman el contenido de las leyes absolutamente preceptivas ó prohibitivas (2), mientras que otras disposiciones legales, que no se deducen con necesidad de aquellas relaciones, entran en la esfera de libertad y poder de las personas, aplicándose como leyes dispositivas ó permisivas y eventualmente supletorias, cuando las partes no han dispuesto por sí mismas otra cosa; de suerte que su carácter descansa en la renuncia de éstas.

(1) *Gewalts- oder Machtsverhältnisse.*—(*N. T.*)

(2) V. p. 125, t. I.

Las reglas capitales que se derivan del principio del Derecho, son las siguientes:

1.ª Ningun derecho privado puede hallarse en contradiccion con el derecho objetivo. Nada de lo que éste prohibe (por ser imposible física ó jurídicamente) ó sustrae al comercio, puede ser objeto de un derecho privado.

2.ª Expresando en general el Derecho una relacion siempre entre personas (ya individuales, ya sociales) para los fines de la vida humana con respecto á un objeto dado, ninguna pretension ni obligacion puede corresponder más que á *personas* (1). Todas las excepciones que de esta regla haga la legislacion ó la ciencia por medio de ficciones, prueban únicamente que en lugar de indagar la razon fundamental de las cosas, indagacion que tal vez habria conducido á un

(1) Ya se ha dicho que, aun tratándose del derecho puramente humano (el cual no es más que una de tantas esferas jurídicas), es imposible aceptar semejante limitacion. Si, conforme al concepto real del Derecho, éste se resuelve en la relacion que enlaza á un fin racional con la série de actos libres (servicios, prestaciones), merced á los cuales se aplican los medios necesarios para la consecucion de aquel fin, las notas de conciencia y libertad (en el ámplio sentido de estas palabras, no sólo como conciencia y libertad *racionales)* son esenciales únicamente en el sujeto de la obligacion, mas no en el de la pretension, el cual basta que sea un sér cuyos fines de vida dependan de aquella clase de actos. Precisamente por esto, no ya el demente, sino el recien nacido y aun el feto, son séres de derecho, cuyas pretensiones se extienden hasta donde se extienden las necesidades de su vida; y sin embargo, ninguno de ellos es sujeto de obligacion. Otro tanto acontece con la Naturaleza, la cual, para sus fines, requiere el libre concurso del hombre, sus actos y omisiones, sus servicios: pues todo sér limitado necesita de los demás. Y con todo, la Naturaleza, sér de derecho por respecto á la pretension, no lo es en cuanto á la obligacion jurídica. Así es que el derecho humano comprende los deberes del hombre para con todos los demás séres, deberes que en parte caen tambien bajo la accion de los poderes públicos, segun se observa, v. gr., en la extension progresiva que en las legislaciones modernas vá tomando el principio de proteccion á los animales.—(*N. T.*)

más ámplio concepto del Derecho, se ha apelado á la cómoda personificacion (1) de una cosa *(haereditas jacens)* ó de un fin (fundaciones).

3.ª En todo derecho y relacion jurídica hay siempre una pretension y una obligacion: conceptos ambos correlativos y que forman el contenido de dicha relacion. Cierto es que podria parecer que en los derechos absolutamente personales y absolutamente reales, no existe persona alguna obligada por respecto al derecho habiente; pero, en estos casos, la obligacion subsiste, aunque no con respecto á un determinado sujeto, sino para con *todos*, consistiendo en omitir aquello que ofenderia el derecho del pretensor. En otros casos, parece que la pretension ó la obligacion radican en una cosa, como en las servidumbres prediales y en las cargas reales; pero á quien pertenecen siempre esas relaciones es á las personas que poseen la cosa (2).

4.ª Toda pretension jurídica supone, por parte del sujeto investido de ella, un interés jurídico tambien. En qué haya de consistir éste es cosa que hasta ahora no se ha determinado científicamente con exactitud. Por lo comun se admite que tiene que ser un interés de fortuna; pero esta hipótesis limita indebidamente el Derecho contra su concepto y fin. Para decidir la cuestion con acierto, se necesita considerarla desde un puntó de vista más ámplio que el dominante. Con efecto, esta cuestion abraza, por una parte, la de determinar cuál sea en general el interés jurídico, y de otra, las consecuencias jurídicas tambien de su falta de satisfaccion: pues una cosa puede ser en sí misma de interés en este respecto y, sin embargo, deber quedar confiada á la conciencia ético-jurídica del sujeto, á causa de su íntima relacion con la li-

(1) V. p. 42.

(2) Unger, §. 63, defiende bien la opinion acertada.

bertad moral, á la cual necesita atender el Derecho igualmente.

Es de interés jurídico, en el más ámplio concepto, todo aquello que corresponde á una relacion de la vida, sirviendo, por tanto, de condicion para el cumplimiento de un fin lícito. Todos los fines religiosos, meramente morales, científicos, artísticos, del mismo modo que los económicos, pueden tener un interés de esa clase, tan luego como se hallan condicionados por relaciones y actos cognoscibles. Mas, por una parte, los primeros de estos fines, que no se encarnan en bienes materiales y externos, no pueden sufrir coaccion en su cumplimiento, ni surtir otras consecuencias exteriores jurídicas cuando dejan de realizarse, porque su verdadero y superior interés radica en la libre voluntad. Quien pronuncia un voto religioso, aceptado por la autoridad eclesiástica, hace tambien sin duda una promesa jurídica; pero cuyo cumplimiento no admite la coaccion externa. Igualmente, la promesa de matrimonio tiene carácter jurídico tambien; pero, en ciertos casos y por consideraciones morales, puede dejarse sin efecto, mientras que en otros, su falta de cumplimiento lleva consigo ciertos efectos materiales; mas en ningun caso sufre coaccion. Asimismo, quien por seguir su conviccion moral abraza otra profesion y fin de vida, no puede ser obligado á prestar los servicios de su anterior profesion, en la cual es lo determinante su accion personal (1). En ciertas ocasiones, la libertad debe reconocerse siempre desde el principio, sin intentar de modo alguno ligarla jurídicamente por medio de contrato, por ser la conciencia moral y religiosa allí lo decisivo. Por el contrario, nacen efec-

(1) Así observa tambien STAHL, en su *Fil. del Der.* (*Rechtsphil.*, II, p. 408), por la misma razon, que, v. gr., una cantatriz no debe ser obligada á la fuerza á cumplir su contrata, cuando quiere abandonar la profesion.

tos jurídicos, á causa de un interés jurídico tambien, cuando una relacion, aunque sea principalmente moral, se perturba por medio de un acto que es condicion necesaria de ella. Por ejemplo, la fidelidad es un deber moral en el matrimonio, cuya infraccion, tan luego como se revela en hechos exteriormente apreciables, surte igualmente efectos jurídicos á peticion del ofendido.

Los efectos pueden ser de muy diversas especies y es completamente imposible pensar siquiera en el cumplimiento coactivo. Asi como en el derecho público (donde se presenta igualmente la cuestion del interés jurídico) pueden tener lugar la disolucion del vínculo, la dimision, la pérdida de los derechos, la pena, así tambien en el privado, la disolucion judicial del vínculo, seguida á veces de ciertas pérdidas materiales, ó la inmediata coaccion para cumplirlo en las relaciones meramente tocantes á los bienes reales, lo cual se verifica, en caso necesario, por medio de la ejecucion decretada por el juez, ó de la evaluacion de los actos que usualmente tienen un valor venal. Pero aun los bienes materiales se presentan en tan íntimo enlace con elementos morales, que su valor se aumenta, merced á esto, para ciertas personas ó para una sociedad, debiendo evaluarse tambien este aumento en las lesiones. Así, en determinados casos, necesita estimarse el precio de afeccion que nace, v. gr., de la piedad familiar, como se castiga en el derecho penal más gravemente el hurto de las cosas sagradas. Por último, puede de igual modo enlazarse exteriormente un interés moral á otro jurídico por medio de cláusulas penales, cuando alguien consiente en pagar una suma en el caso de que él cometiese tal ó cual inmoralidad. El interés moral debe, por tanto, distinguirse, aun en sus consecuencias, segun las diversas especies de relaciones jurídicas.

5.ª Todo derecho ó relacion objetivos, tanto en el respec-

to de la pretension, como en el de la obligacion, tiene un *contenido* que debe distinguirse con exactitud de su objeto (1). Este es uno mismo para pretension y obligacion, á saber, una cosa en el derecho real, un servicio en el de obligaciones (2); pero así como pretension y obligacion juntas constituyen el contenido de la relacion jurídica, así tiene á su vez cada uno de estos elementos su contenido. El de la primera (del llamado «derecho subjetivo») consiste en las pretensiones ó facultades particulares que abraza; y el de la segunda, en las particulares obligaciones. Ambos elementos expresan siempre una relacion del sujeto al objeto y aun en los casos en que éste consiste en un acto ó prestacion, no coincide con el contenido, por cuanto, de un lado, existe una obligacion, la de dicho acto, y del otro, una pretension á conseguirlo.

---

(1) Unger, *o. c.*, p. 499, etc., ha comenzado á distinguir más exactamente los conceptos de contenido y objeto del Derecho, tan frecuentemente confundidos; pero él solo tiene á la vista el contenido del derecho subjetivo, la facultad.

(2) Jamás el contenido del Derecho puede consistir en una cosa, sino en un acto propio ó ajeno. Por ejemplo, el contenido del derecho de propiedad se halla exclusivamente constituido por el aprovechamiento de la cosa (derecho interno) y por los actos y omisiones con que los demás deben cooperar á que el propietario realice dicho aprovechamiento. Sin duda, en cuanto no hay acto alguno vacío, esto es, que no se halle incorporado á algo real y esencial, v. gr., las cualidades de los objetos naturales ó las de nuestro mismo sér, recae en último término todo derecho sobre estos objetos, que son materia de la actividad, pero sólo de una manera mediata: mediante la actividad misma y sus hechos. En este sentido, las cosas de la Naturaleza pueden ser llamadas objeto (mediato ó indirecto) del Derecho; pero con la misma razon que la persona humana, cuyas propiedades sirven de supuesto á los actos que forman el único contenido *directo* de toda relacion jurídica. La distincion entre el llamado derecho real y derecho de obligaciones, tal como aparece en Savigny y en el autor, es inexacta. Véase el tomo I, p. 38, nota; 46, nota (2), y 74, nota (2).—(*N. T.*)

6.ª Refiérese tambien al contenido la importante cuestion de si un derecho es divisible ó indivisible en la pretension ó en la obligacion. Así como el derecho objetivo es la unidad superior de aquellos dos factores, pero conteniendo á entrambos, así tambien cada derecho especial, cada pretension y obligacion, son tambien una unidad, que puede, sin embargo, dividirse interiormente, cuando el derecho particular comprende inmediatamente varias pretensiones que corresponden á varias personas, de tal modo, que cada una de éstas posee todas las pretensiones en esencia, reflejándose la unidad del Derecho en la homogeneidad de todas las partes; pues si éstas no fuesen homogéneas y esencialmente las mismas, de suerte que correspondiese á uno tal pretension, á otro tal otra, se disolveria el Derecho mismo y se formaria una multitud de derechos de diverso carácter y nombre. Pero la division puede ser cuantitativa y cualitativa (1), sin que se pierda el carácter comun jurídico. Así, la co-propiedad, en que cada co-propietario posee las mismas facultades, pero con diversa extension ($\frac{1}{2}$, $\frac{1}{3}$, etc.), representa una division cuantitativa de la propiedad; mientras que la llamada propiedad dividida, donde ambos propietarios, directo y útil, tienen las mismas facultades esenciales, pero predominando una ú otra y en distinto respecto, descansa en una division cualitativa. Del propio modo, el usufructo es un derecho divisible, por cuanto puede pertenecer á varias personas en diversas partes cuantitativas *(frui pro parte possumus)*; mientras que el uso, á lo ménos en el derecho romano *(uti pro parte non possumus)*, así como las servidumbres prediales son indivisibles. En el derecho de obligaciones, ciertas pretensiones pueden dividirse cuantitativa ó cualitativamente: por ejemplo, una accion de cien florines es cuantita-

(1) V. p. 39.

tivamente divisible, y la que nace de un contrato de arrendamiento lo es cualitativamente, por referirse tanto al precio, cuanto á las otras obligaciones económicas, v. gr., la de conservar la cosa en buen estado. En estas obligaciones, existe luego tambien la posibilidad de dividir su cumplimiento.

La divisibilidad del Derecho no ha de confundirse con la del objeto. Por una parte, puede el primero dividirse, y no el segundo, como acontece en la co-propiedad; por otra, puede ser lo indivisible el Derecho y el objeto divisible, segun ocurre en la servidumbre predial indivisible en relacion con el fundo indivisible. Tampoco es lícito identificar la divisibilidad del Derecho con la de su ejercicio. Todas las servidumbres prediales son indivisibles; y sin embargo, muchas de ellas pueden dividirse en su ejercicio de modo que haya varios prédios dominantes, cuyos poseedores ejerciten juntos la servidumbre en cierta medida ó alternativamente, el derecho de sacar agua.

7.ª El ejercicio del derecho objetivo consiste en la actuacion de las facultades que constituyen el contenido de aquel; y comprende (1), tanto la renuncia y enajenacion, como el consumo, bajo los siguientes principios (2).

a) En el derecho para un fin se comprende tambien la facultad de aplicar á él los medios lícitos.

b) Nadie puede ser cohibido para ejercitar su derecho, si bien muchas veces del no uso nacen ciertos perjuicios: v. gr., la pérdida del derecho en el *ager desertus* de los ro-

(1) Unger, *o. c.*, p. 613, así como Arndts no quieren considerar como ejercicio del derecho su trasmision; pero dicho ejercicio se refiere á las relaciones jurídicas por respecto á lo exterior, donde se comprende la trasmision. (V. por relacion al derecho de propiedad el §. 26.)

(2) V. sobre esto á Seuffert, *Der. de Pandectas, (Pandektenrecht,* 3.ª ed., t. I; y más exactamente á Unger, p. 614, etc.

manos ó la prescripcion; pero en el derecho público, donde no es el principio determinante nuestra propia resolucion y y autonomía, sino el fin, á cada derecho referente á un interés público, rectamente entendido, debe enlazarse una obligacion para usarlo y vice-versa.

c) El derecho habiente puede ejercer su derecho en toda su extension dentro de los límites legales, aun cuando de esta suerte pueda resultar algun rigor para con el obligado y hasta un perjuicio para un tercero *(qui jure suo utitur nemini facit injuriam)*; pudiendo caber igualmente, segun el principio de la autonomía, el cual en todo derecho privado positivo recibe una consagracion más ó ménos ámplia, que el sujeto haga de esas facultades un uso racional ó irracional, moral ó inmoral (1). Estos dos principios sufren, sin embargo, aquellas limitaciones que los derechos positivos establecen más ó ménos, considerando otras relaciones éticas, ya sean deberes especiales ó universales, humanos, (v. gr., en la ejecucion contra los pobres ó el beneficio en competencia) ó bien por causa de un interés económico. Hasta dónde puedan llegar tales restricciones, es cosa que no cabe determinar abstractamente. Forman una línea que se modifica al par de las ideas morales y jurídicas de cada pueblo y de su cultura general. Pero cuando se limita mucho la esfera de la libertad, no es que se eleva á Derecho—como se supone á menudo—algo que pertenece á la esfera moral; sino que se sustrae á dicha esfera subjetiva y jurídico-privada, una relacion que es propiamente de Derecho, para someterla al órden objetivo y público. Lo que entonces, pues, se hace no es más que regular de otro modo la línea divisoria entre el derecho privado y el público, para evitar en este punto el mal camino de un socialismo, ora de abajo, ora de

(1) V. p. 53, t. I.

arriba, que estrecha inconvenientemente el círculo de la libertad individual; debe la representacion del Estado tener muy en cuenta en la legislacion las costumbres y la opinion pública ilustrada.

d) Nadie puede conferir á otro más facultades jurídicas de las que él mismo tiene (1).

Observacion. Lo puramente moral que se revela en los motivos internos, en el fin último para que el Derecho se exige y aun en la eleccion de los medios y del modo de ejercitar aquel, no debe confundirse en manera alguna con el elemento jurídico; pero así como la moral, en sus exigencias formales abraza el Derecho entero, así tambien el ejercicio de todo derecho debe estar penetrado por la moralidad, considerándose cada cual responsable ante Dios y ante su conciencia. Este es sólo un recuerdo moral pero que pertenece tambien al derecho positivo, en cuanto el influjo de una conviccion semejante, será siempre para él altamente beneficiosa.

SECCION SEGUNDA.

§. 5.—Del sujeto del Derecho.

Sujeto, esto es, poseedor ú órgano del Derecho, sólo puede serlo el hombre (2), porque el Derecho no regula sino las

---

(1) Sobre el concurso y colision de los derechos, que ocurre tambien en su ejercicio, y sobre estos conceptos en general, V. á Unger, 318-334. La resolucion del conflicto entre derechos contrarios, en los pocos casos en que realmente existe, la pone con razon Unger: 1.°, en la prevencion, (v. gr., *occupantis melior est conditio)*; 2.°, en la limitacion omnilateral del ejercicio del derecho (v. gr., de los créditos igualmente privilegiados en el concurso); 3.°, en la suerte, (v. gr., el derecho de opcion de varios legatarios respecto de una *species*, en el derecho romano.)

(2) Véase sobre la inexactitud de esta afirmacion la nota de la página 59.—(*N. T.*)

relaciones de la vida de los séres racionales. El hombre, que merced al principio divino que en él reside (1), es fin de sí mismo, existe para sí propio, se llama persona. Esta personalidad nos está dada por Dios con nuestra naturaleza, habiendo llegado por el Cristianismo y el desenvolvimiento moral y jurídico á ser reconocida en toda su dignidad y siendo, por tanto, anterior y superior á todo estatuto positivo del Estado (2). El derecho positivo tiene que reconocerla y

(1) Tampoco esta limitacion es acertada. En el mismo sentido, exactamente, en que puede decirse que hay en el hombre principio divino, puede decirse de todo otro sér, ya se considere este principio en el sentido de la inmanencia y participacion coesencial del sér absoluto, ya en el de la accion trascendente que expresa la continuidad de la creacion. La afirmacion del autor es todavía un resto de aquel principio antropocéntrico de San Agustin, segun el cual "Dios hizo el mundo, no para sí, sino para el hombre", único sér dotado de propia finalidad, segun esta teoría.—(*N. T.*)

(2) En opinion de la mayoría de los modernos romanistas, el hombre sólo debe ser persona en cuanto es *reconocido* por el derecho positivo de un Estado como capaz de derechos. En una exposicion *puramente* de derecho romano, esta idea tiene verdad histórica; pues, por una parte, el Estado en general se hallaba colocado sobre el hombre y la personalidad humana, mientras que de otra, la esclavitud ofrecia ejemplo de hombres que no eran personas ó séres capaces de derechos *(a)*. Pero nuestro derecho *actual* no debe impurificarse con ideas paganas y con los errores biológicos de los romanos, que sólo convienen á los pueblos donde se conserva la esclavitud. Despues que el Cristianismo ha elevado la personalidad humana sobre el Estado, á causa de su principio divino é inmortal y despues que la ciencia y la cultura cristiano-humanitarias han hecho reconocer en la vida y en la legislacion el principio de que el hombre, como tal, es persona y posee derechos innatos, tanto más desacertada es la pretension de que Unger *(o. c.)* dá ejemplo por su doctrina de la persona y del derecho de personalidad, de rechazar el principio allí donde ha pasado á la legislacion (segun acontece en el Código austriaco, §. 16) como un resto del antiguo derecho natural, que en esta parte es más cristiano que muchos cristianos. Si el asunto no fuese tan importante en sí mismo y en sus consecuencias, se podria considerar semejante opi-

(a) Savigny ha mostrado la completa inexactitud de esta asercion.—(*N. T.*)

dar sancion formal á los derechos que de ella nacen. La personalidad humana es, pues, el fundamento subjetivo del Derecho, y en ella radica la *posibilidad* permanente de derechos particulares, ó sea la *capacidad* jurídica, que jamás existe de una manera abstracta, en mera potencia, sino revelándose siempre en la vida del hombre y en diversas relaciones, como facultad y autorizacion (1) efectiva (2). De esta

nion de un modo meramente teórico, como el olometro de la altura moral de las modernas ideas jurídico-romanistas. Dicha opinion se enlaza además íntimamente con todo el prurito, interiormente lógico, de remedar el paganismo griego y romano, de que dió renovado ejemplo la primera revolucion francesa. Así como en Roma ningun dios podia ser reconocido ni recibir culto sino por medio de una ley, así tambien se quiso decretar entonces el reconocimiento y el culto de Dios. Ahora bien, hallándose distantes los jurisconsultos de semejantes desvaríos, necesitan evitar tambien principios relacionados con ellos.—Así como es Dios el último fundamento de todas las cosas, así la personalidad creada por él y sostenida por su divino, eterno é inmortal espíritu, es igualmente el fundamento inmediato, tanto de la moralidad, como de todo derecho. En esta conviccion obraron los cristianos de los primeros siglos, los cuales, aun para su religion, tenian ya, antes de que el Estado la reconociese, una comunidad jurídicamente organizada y un derecho eclesiástico; razon por la cual es tanto más de admirar que caigan en aquellas preocupaciones romanistas hasta algunos canonistas; preocupaciones de que, por regla general, se han mantenido libres los germanistas. Así, dice PHILLIPS, en su *Der. priv. al. (Deutsche fr.* R. I., §. 29), aludiendo á que primitivamente en Alemania, como en Roma, habia acontecido lo contrario, que "segun las ideas jurídicas actuales, el hombre es siempre capaz de derechos, por donde cada hombre es una persona."—V. especialmente BLUNTSCHLI, *Der. priv. al. (D. Pr. R.)*

(1) *Rechtsfähigkeit* expresa la capacidad jurídica; y *Berechtigung* el todo de derechos y obligaciones efectivas que posee un determinado sujeto: concepto que, aunque con desconfianza, por el estado de nuestra terminologia jurídica, traducimos por "facultad."—(*N. T.*)

(2) Esto lo ha visto ya perfectamente BLUNTSCHLI, *(o. c.*, §. 13), al decir: "cada hombre, en cuanto individuo, es tambien una *persona*; esto es, un sér no sólo *capaz* de Derecho *(rechtsfähiges)*, sino realmente *investido* de derechos *(berechtigtes)*, ó en otros términos, un sujeto jurídico, no sólo posible, sino efectivo."—UNGER, *(o. c.*, p. 230)

originaria autorizacion, se derivan tambien, conforme á las propiedades permanentes de la persona y á las direcciones esenciales de la actividad determinadas por los eternos fines de la vida, derechos personales *originarios* tambien (1), los cuales constituyen á su vez el fundamento de los derechos personales *derivados*, que suponen un acto de la persona. Sólo obstinándose arbitrariamente en mantenerse dentro de una abstraccion, se puede considerar á los derechos personales particulares, como simples «modificaciones de la capacidad juridica» (2). En todo caso, son tambien determina-

opina que "esta distincion entre ser capaz de Derecho é investido de ellos es inmotivada y arbitraria." Mas, por el contrario, lo que es una abstraccion enteramente arbitraria, es suponer capacidad jurídica en la persona sin reconocerle juntamente una facultad efectiva, que es cierto conduciria lógicamente á admitir derechos originarios de la personalidad. Pero aquella abstraccion denota en la ciencia jurídica la misma superficialidad que aparece en la Filosofía con los sistemas sensualistas y con la Filosofía de la reflexion á ellos cercana (Locke), que atribuyen al espíritu humano sólo una capacidad de conocer, y no, al propio tiempo, una actividad original que se revela en las ideas fundamentales; de lo cual puede enterarse más al por menor quien lo desee en la obra maestra de Leibnitz (contra Locke) *Nouveaux essais sur l'Entendement humain.*

(1) V. §. 20.

(2) Esta idea, adoptada á su vez por UNGER, (p. 254) depende igualmente de una concepcion muy extendida en la ciencia y en la vida, y cuyo último fundamento se halla en los sistemas panteistas ó materialistas (que coinciden en muchos puntos y consecuencias). Si ESPINOSA considera todo el mundo espiritual y corporal tan sólo como modificaciones de la sustancia única; HEGEL, como momentos del proceso evolutivo de la idea, y el materialista halla en todo puras modificaciones de la materia, esta concepcion se manifiesta en muchas ciencias particulares donde lo individual y concreto no se estima sino como modificacion á su vez de lo general; al modo, v. gr., que GEOFFROY SAINT-HILAIRE pretendia hallar, en todas las especies animales, simples modificaciones de un animal primordial, de donde nació la polémica con CUVIER, sobre la cual tambien expuso GÖETHE sus opiniones. En este punto habia ya LEIBNITZ insistido en la necesidad de un *principium individuationis* que KRAUSE ha fundado de mane-

ciones (para evitar la oscuridad de la palabra exótica «modificacion») más inmediatas de la capacidad, como de la facultad; pero, no siendo la persona una mera entidad abstracta, sino manifestándose espiritual y corporalmente en las perpétuas propiedades y tendencias vitales eternamente fundadas en la naturaleza del hombre, se distinguen, en la unidad del derecho de personalidad y en la de la capacidad y facultad jurídica, derechos particulares, permanentes tambien en el sentido de estos dos atributos.

De la capacidad jurídica posible y de la facultad ó habilitacion real, las cuales subsisten para el hombre desde el momento de su concepcion hasta su muerte, debe distinguirse la *capacidad de obrar* (llamada á veces tambien facultad jurídica activa, á diferencia de la anterior, que denominan pasiva), esto es, la facultad de constituir por sí propio relaciones jurídicas (derechos y obligaciones), mediante la eficacia de la voluntad personal. Esta capacidad de obrar supone siempre la capacidad jurídica, pero no al contrario: pues todas las personas son capaces de derecho, mas no de obrar, v. gr., los menores de siete años ó los dementes.

Hay dos clases de personas: físicas ó indivíduos y personas ideales. Estas últimas, á causa del fin ético que les sirve siempre de fundamento, han sido llamadas, con más frecuencia que exactitud, personas *morales*, denominándose hoy, por lo comun, personas *jurídicas*, atendiendo á sus relaciones con el Derecho (1). Las relaciones que nacen de la

ra más profunda y que es capital para concluir con todo panteismo. Cuando en la esfera jurídica se quieren considerar todos los derechos particulares de las personas sólo como modificaciones del derecho uno de la personalidad y de la capacidad jurídica, se desconoce que el árbol de la personalidad se subdivide luego en brazos y ramas, dejando de ver "ante el bosque los árboles."

(1) Sobre los inconvenientes de esta denominacion, V. el tomo I, página 43, nota. Por lo demás, esa denominacion no procede de haber

naturaleza de estas personas ideales ó se enlazan á ellas de un modo inseparable, son justamente la base de sus relaciones jurídicas y debe, por tanto, tratarse convenientemente con éstas en el derecho real de las personas (1).

SECCION TERCERA.

Del objeto del Derecho.

§. 6.—El objeto del Derecho en general.

Objeto del Derecho es todo aquello que puede someterse al poder de una persona, como medio para algun fin de su vida; segun lo cual, siendo la persona fin de sí misma es objeto todo cuanto carece de esta propia finalidad (2), hallándose destinado á servir á aquella. Frecuentemente, así en la ciencia como en el derecho positivo (3), el objeto del Derecho es denominado cosa, á distincion de la persona; pero es preferible y más exacto reservar la denominacion de «cosa» para las de la Naturaleza, privadas de libertad, distinguiendo de ellas los actos realizados por la libertad humana. Así, el ob-

---

atendido al elemento jurídico de las personas sociales, sino á haber *desatendido* todos los restantes que las constituyen y, en primer término, la unidad esencial, real y sustantiva que forma su raiz y el centro de su actividad; estimándolas, ora como creaciones artificiales y potestativas del legislador ó del poder gubernativo, ora como sujetos *exclusivamente* jurídicos. Así, v. gr., Savigny las llama "sujetos para el derecho de bienes."—(*N. T.*)

(1) La consideracion de las relaciones generales jurídicas, propias de las personas físicas como de las ideales, no pertenece á la parte general del derecho civil, que sólo expone los diversos elementos del Derecho, sino al general de la personalidad, así como tambien en el objeto del Derecho no se estudian más que las propiedades jurídicas de las cosas y actos, pero no sus relaciones generales jurídicas.

(2) V. la nota de la p. 57, á la cual nos referimos por lo que respecta á esta inexacta concepcion de los séres naturales como destituidos de toda propia finalidad.—(*N. T.*)

(3) Por ejemplo, en el Código austriaco. (*Oesterr. G. B.*, §. 235.)

jeto del Derecho comprende, por una parte, las cosas, y por otra, los actos. Las primeras suelen reunirse con aquellos actos que pueden estimarse con valor pecuniario, en una unidad referida á la persona á cuyo poder jurídico se hallan sometidos, naciendo de aquí el concepto de la fortuna, el patrimonio, los bienes (1). La importancia de este concepto se revela do quiera que se trata de un patrimonio de bienes en el concepto de comunidad ideal.—Los bienes tienen un valor; pero los de una persona, en sentido jurídico, no comprenden sólo las cosas y acciones que le pertenecen (fortuna activa), sino tambien los servicios y prestaciones que tiene que realizar (fortuna pasiva).—El derecho de bienes es el todo de las condiciones de que dependen la adquisicion, conservacion y pérdida de los mismos.

El objeto del Derecho, segun queda observado, es doble: comprende cosas y actos. Aquellas son, en verdad, el elemento más extenso de los bienes; pero los actos que tenemos que exigir (v. gr., servicios personales), se contienen igualmente entre éstos y han de distinguirse de las cosas, aunque las más veces hallan en éstas una equivalencia, en cuanto pueden estimarse por su valor. Mas, por otra parte, no deben confundirse los actos que son objeto de un derecho con aquellos mediante los derechos nacen; confusion muy frecuente. Por lo comun, se trata de los actos sólo en las obligaciones; pero la obligacion que las más veces es una relacion jurídica nacida de ciertos hechos, puede á su vez referirse á actos ó á cosas. La distincion entre el derecho de cosas ó real y el de obligaciones no estriba, contra lo que

(1) Sobre los bienes y el derecho de bienes en *este* sentido, véase á Savigny, *Sist. del der. rom. act. (Syst. des h. r. R.*, t. I, p. 339).—Ya hemos hecho notar, sin embargo, varias veces su error de concebir todo el Derecho, por respecto á su objeto, como mero derecho de bienes.

usualmente se cree, en que el uno se refiere á las cosas y el otro á los actos; sino, segun se ha notado ya antes (1), en que el primero expresa en general la existencia del derecho en las cosas, y el segundo la sucesion de aquel en cosas y actos (2). La razon por que el concepto de la existencia no puede aplicarse á los hechos se halla en que éstos, por su naturaleza libre, se halla siempre en evolucion y cambio, engendrando un deber, una pretension y exigencia.

Consideremos ahora por separado las cosas y los actos como objetos del Derecho.

§. 7.—De las cosas (3).

Cosa, á distincion de acto, es todo objeto de la naturaleza no libre que aparece en el espacio. Las cosas tienen sólo importancia en el Derecho en cuanto se ha de realizar en ellas el fin jurídico: fin cuya utilidad para los de la vida humana consiste á su vez únicamente en ser apropiada á satisfacer alguna necesidad humana. Las cosas, pues, aparecen en el Derecho, á causa de sus propiedades como bienes (ó más

---

(1) V. p. 195, t. I.

(2) Tal parece ser la mejor traduccion de *Sein* y *Werden (devenir, fieri)*.—(*N. T.*)

(3) Toda la teoría de las cosas necesita de una completa reforma científica en los tratados de Derecho; habiéndose hecho tambien aquí abstraccion del fin de éste que en las cosas es un fin económico sin partir jamás de un principio científico de division, ni saber, por tanto, el por qué ni el para qué de ésta. En mi *Filosofía del Derecho*, especialmente al tratar de la propiedad, he llamado ya la atencion sobre el elemento económico, como tambien lo ha hecho Röder en su *Derecho natural*; y Berger en la *Revista de Jurisprudencia austriaca (Zeitschrift für österr. Rechtsgelehrsamkeit*, 1842, t. I) y en los *Datos críticos*, etc. (*Kritische Beiträgen. u. s. w.* págs. 27 y 152) ha indicado el enlace del Derecho con la esfera económica. Las divisiones particulares se exponen de una manera más fundamental que la acostumbrada en la obra citada de Unger, p. 353-450.

exactamente dicho, como bienes de cosa, bienes reales), y por tanto, en su aspecto y valor económico, ya privado, ya nacional ó público. Por esto, el derecho real ó de cosas es derecho económico, aunque sólo una parte del mismo, á saber, la que se refiere á aquellos bienes que se producen en las cosas de la naturaleza. La teoría de las relaciones económicas privadas y nacionales es, por tanto, la base tambien del derecho real de bienes, el cual necesita atender imprescindiblemente á ella en la propiedad, las servidumbres y el derecho de prenda.

Cosa, jurídicamente determinada, es, pues, todo objeto de la naturaleza física que aparece en el espacio y es capaz de someterse al poder del hombre para satisfacer alguna de sus necesidades. Cuando se añade á estas notas la de materialidad ó corporalidad, se limita indebidamente el concepto: el objeto de las servidumbres consiste las más veces en relaciones, situacion, accion de fuerzas en el espacio, v. gr., vistas, luces, etc., siendo, pues, cosa, aunque no material.

La division de las cosas debe hacerse segun el sujeto, el fin, la cosa en sí misma (diversas especies ó fuentes de bienes) y segun las categorías generales (1).

1. Por relacion al *sujeto*, las cosas son pertenecientes á indivíduos ó á personas morales.

2. Por respecto al *fin* que en ellas se persigue, las cosas están destinadas ó al uso universal humano *(res communes)* como el aire, la luz, el mar y las corrientes de agua, si bien puede adquirirse un dominio particular en ella, hasta cierto punto, (espacio de luz, de aire, de agua) ó á uso limitado y capaz, por esto mismo, de someterse al imperio del hombre. Atendiendo á las más importantes esferas de nuestra vida y fines, las cosas son, principalmente, religiosas y eclesiásticas

(1) V. §. 2, p. 10.

(res sacrae et sanctae), de las cuales trata el derecho canónico, ó cosas pertenecientes á la esfera meramente jurídica (1), que á su vez son: *a)* del Estado *(res publicae)*, ó *b)* privadas *(res privatae)*; subdividiéndose las primeras segun que inmediatamente sirven para los propios fines del Estado *(patrimonium civitatis)* ó al libre aprovechamiento de los miembros de éste bajo ciertas condiciones.

3. Las cosas deben considerarse tambien por relacion á las *fuentes* de bienes á que pertenecen ó sea segun la fuerza de la naturaleza, el trabajo ó el capital, lo que hasta ahora casi nunca se ha hecho. Estos conceptos de la economía nacional sirven de base á muchas relaciones del derecho real de bienes. Aun en el derecho privado no deberia prescindirse de la cuestion general sobre si la relacion entre estos tres factores de la produccion puede organizarse jurídicamente en sus diversas ramas y cómo. Acontece con esta cuestion lo que con otras, v. gr., la de la propiedad: pues por haberlas tratado tan superficialmente la Filosofía y aun la ciencia toda del Derecho, se han apoderado de ellas las teorías socialistas, resolviéndolas desacertadamente. A este respecto, puede sólo aquí advertirse que no cabe establecer una relacion igual y permanente para la distribucion de los benefi-

(1) Por haberse desenvuelto de un modo superior la vida de la Iglesia con respecto á la de las restantes instituciones sociales, suele oponerse el derecho canónico al de todas las demás esferas, cuya unidad se expresa á veces bajo el concepto del derecho civil, como miembros coordenados; tradicion á que parece aquí ceder Ahrens. Pero aún es más grave esta division de las cosas en eclesiásticas y jurídicas: 1.° Porque sólo como cosas jurídicas se tratan aquí todas y pueden ser objeto de division, siendo, pues, tan cosas jurídicas las cosas religiosas como cualesquiera otras; 2.° Porque en el sentido de bienes económicos, no hay cosas *puramente* jurídicas, sino un aspecto ó elemento jurídico en toda clase de cosas, ora sean de la Iglesia, ora de cualquiera otra corporacion, como el municipio, una sociedad privada, una fundacion, etc., ora del indivíduo.—(*N. T.*)

cios, contra lo que muchas veces se pretende, y que el primer criterio en este punto debe darlo el valor del mercado, tal como lo determina el libre acuerdo de las partes (en el préstamo á interés, obras á destajo, alquiler, arrendamiento, si bien aquí la voluntad y el contrato pueden limitarse, de un lado, por los modos de un asunto económico útil (v. gr., ningun arrendamiento demasiado corto), modos cuya bondad ha dado á conocer la experiencia y que han alcanzado un valor general por medio de la ley ó la costumbre; y de otra parte, por respetos ético-jurídicos, como los que deben tenerse en cuenta en las relaciones sociales de la industria (1).

Los provechos que nacen de una fuente de bienes se llaman en el Derecho *frutos*, nombre que indica, por tanto, toda clase de utilidad que produce una cosa. Segun esto, hay tres clases de frutos: *a)* los que nacen por sólo la fuerza natural sin la cooperacion del trabajo humano *(fructus mere naturales)*, como las yerbas ó las crias de los animales; *b)* los frutos industriales ó que nacen del trabajo, auxiliando aquellas fuerzas; *c)* los frutos del capital, v. gr., el interés, la renta, que en el Derecho se llaman frutos jurídicos ó civiles. Estas ideas se modifican, sin embargo, muchas veces por consideraciones jurídicas relativas al fin de una cosa. En el Derecho, los elementos importantes de los frutos son el tiempo de su inherencia en la cosa *(fructus pendentes)*; su separacion *(fructus separati)*; su percepcion *(fructus percepti)*; su productividad, ó sea lo que habrian podido ó debido darnos

(1) Roscher en su *Economía nacional (Nationaloekonomie*, I, p. 370) opina acertadamente que "en toda época tranquila existe una opinion pública sobre la ganancia y la retribucion, una conciencia pública, que podria decirse que declara la *equidad* de una cierta relacion entre los tres ramos de produccion;" pero esta conciencia pública y este juicio de equidad se determina y desenvuelve esencialmente por el influjo de las ideas morales.

(fructus percipiendi); su subsistencia por relacion al que los percibe *(fructus exstantes)*; y su consumo ó enajenacion *(fructus consumpti)*.

Los gastos hechos en una cosa ú ocasionados por ella, llámanse en general *impensas* (1). Si se han hecho para conservar ó modificar la cosa, se llaman impensas en sentido estricto, y si á causa de la cosa, v. gr., los portes, se llaman *costas*. En esta última clase se supone un motivo necesario; mientras que las impensas pueden hacerse ya por necesidad, ya por utilidad, ya simplemente por gusto.

Por lo que respecta al *valor*, todas las cosas que son objeto de un derecho lo tienen, esto es, poseen un grado de utilidad y aplicacion, que es lo que convierte las cosas en bienes. El valor es doble: valor en uso y en cambio. El primero, ó sea el grado de aptitud de una cosa para procurar á su poseedor algun provecho por su aplicacion inmediata á un determinado fin, es la base para toda estimacion de dicha cosa; pero el segundo, que representa la aptitud de la misma para ser cambiada por su poseedor por otros bienes, tiene mayor importancia en la vida mercantil y jurídica. De este valor se trata en el Derecho, no sólo en las relaciones que conciernen al comercio de los bienes, sino tambien en las prestaciones, cuando su objeto individual no puede cumplirse ni lograrse mediante coaccion, siendo preciso entonces apreciarlo segun su valor en cambio: estimacion que tiene lugar en la *moneda* de metales preciosos (2) cuyo valor representa y sirve de medida á toda clase de bienes y cuyas

(1) En nuestro derecho se llaman todos estos gastos *expensas*, y se dividen en necesarias, útiles y voluntarias. La division que expone aquí el autor corresponde á nuestras denominaciones *mejoras* y *costas*, con que tambien se designan las expensas, aunque en sentido ménos general.—(A.)

(2) V. sobre esto en especial á SAVIGNY, *Derecho de obligaciones. (Oblig. R.*, I, §. 40.)

cualidades y condiciones económicas sirven tambien de base á diversas relaciones jurídicas.

4. Aplicando á las cosas las *categorías* generales del Derecho, se obtienen las siguientes clasificaciones, en las cuales siempre debe tenerse en cuenta la intencion, el fin jurídico:

a) Por la *unidad*, son las cosas físicas é individuales, ó por el contrario, constituyen una unidad ideal, en la cual se comprenden varias cosas formando un solo colectivo, un conjunto homogéneo por razon de su fin: v. gr., un rebaño, las existencias de un almacen, una biblioteca. A esta unidad ideal se atribuye tambien acertadamente una importancia jurídica, pudiendo tener lugar en ella (1) la posesion (aunque no segun el derecho (2) romano), la propiedad, el usufructo, la prenda, como tambien la tradicion, ofreciendo tambien interés en el derecho de obligaciones y en las sucesiones.

b) Por la *todeidad* puede considerarse inmediatamente cada cosa como un todo, distinguiéndose de sus partes, v. gr., la casa como *universitas aedium*. Pero hay diversas especies de todeidad en las cosas, las cuales son ó simples, que constituyen un todo por su naturaleza, por ejemplo, un animal, una planta, una piedra; ó reunidas por la actividad humana de tal modo, que sus elementos pierdan su anterior subsistencia particular y física, naciendo una nueva cosa simple, segun acontece en la especificacion propiamente dicha, ó por último, compuestas, en las cuales esos elementos que constituyen un todo para un fin, conservan su existencia particular, la llave de un castillo. En los casos dudo-

(1) El esfuerzo de UNGER (§. 57) para exponer la imposibilidad de derechos reales en una cosa comun, descansa en una concepcion de las relaciones, que podria llamarse sensualista, y en lo cual hay un retroceso de que la vida jurídica práctica huirá siempre.

(2) *L.* 30, §. 2, *D.* 41, 3.

sos puede decidir la solidez de la union: los muros. Lo que está adherido á los muros y paredes, pegado ó clavado, se reputa parte del edificio.—Por respecto á la division se distinguen las cosas en divisibles é indivisibles, habiendo una divisibilidad real y otra intelectual ó jurídica. Respecto de la primera, es decisiva en el Derecho la cuestion de si la division disminuye ó no considerablemente el valor de la cosa; la segunda, que excluye la division real, se hace en partes puramente imaginarias ó alícuotas, v. gr., en la co-propiedad.

c) Por la *sustantividad*, se distinguen las cosas en independientes ó principales, que son objeto inmediato de una relacion jurídica y accesorias, que solo alcanzan valor en el Derecho mediante su relacion con aquellas. Esta relacion puede tener lugar de dos modos: ó á consecuencia de una conexion natural y permanente, de suerte que la cosa accesoria constituya un elemento físico de la principal, ó porque se establezca dicha conexion al intento de lograr un determinado fin; las primeras son accesorias en estricto sentido (accesion, incremento) y las últimas, cosas anejas, pertenencias.—Todas estas expresiones se aplican, sin embargo, en un ámplio sentido, no solo á las cosas, sino tambien á la relacion jurídica, abrazando en este caso todos los beneficios, cargas y derechos accesorios.

d) Por la *relacion* (categoría que en las cosas podria bien reputarse la primera), se distinguen las cosas por la adherencia capital que mantienen con el todo natural en inmuebles y muebles: las primeras se hallan esencialmente unidas á la tierra, ya por la naturaleza misma, como el suelo, ya por la cooperacion del hombre, como los edificios, no pudiendo, por tanto, mudar de lugar sin alterar su sustancia; lo contrario acontece con las muebles. Los derechos reales que, en sí mismos, ni son muebles ni inmuebles, deben, sin embargo, determinarse segun la naturaleza del objeto á que se

refieren. Las legislaciones positivas contienen diversas prescripciones en este respecto; las acciones, por ejemplo, se cuentan usualmente entre los bienes muebles (1). Esta division de las cosas ha sido de capital importancia en el derecho romano, de suerte que la posesion territorial sigue en casi todas las legislaciones otras reglas que los bienes muebles, porque en aquella la duracion natural de la cosa sirve de garantía esencial á la permanencia de la organizacion social, interesando, por consiguiente, á todas aquellas instituciones: familia, municipio, Estado, cuya subsistencia importa asegurar; mientras que los bienes muebles dependen más de la voluntad y dominio del indivíduo.

La division de las cosas en corporales é incorporales es inexacta, así en el derecho romano como en los códigos modernos, por cuanto se comprende entre las últimas á los derechos, que no son cosas ni corporales ni incorporales. Por el contrario, se pueden dividir las cosas extensas en corporales, que son las que tienen una forma limitada, é incorporales, como posicion, vistas, etc.

Por la relacion de cosas individuales á un todo (cuantitativo ó cualitativo), se las distingue en representables é irrepresentables: aquellas que no se consideran en su determinacion individual, sino tan solo en su cantidad (v. gr., el oro), ó el género (v. gr., un caballo), se llaman fungibles ó (desde Zachariä) representables; é irrepresentables las que tienen todo su interés en el indivíduo. En esta division, se atiende ante todo al interés jurídico, que si es cierto que las más veces sigue á la capacidad natural de las cosas para ser ó no representadas, es causa á veces de que ciertas cosas (v. gr., un caballo), puedan ser consideradas, ora entre las unas, ora entre las otras.—La division de las cosas, segun que se con-

(1) Por ejemplo, el Código austriaco, §. 298.

sumen ó no por el uso, debiera suprimirse, ya que por su naturaleza todas se deterioran por el uso (por lo ménos *usu minuuntur*) y el interés jurídico que esta division tiene, se satisface perfectamente por la anterior distincion segun el carácter representativo Asi, por ejemplo, se determina con el mayor rigor la diferencia entre el mútuo y el comodato.

Por último, tambien en la division de las cosas pueden referirse y combinarse entre sí de varios modos las categorías que sirven de fundamento á aquella (1).

§. 8.—De los actos, como objeto del Derecho (2).

1. Acto, en general, es toda determinacion de la voluntad humana. Esta manifestacion puede ser puramente interior, ó manifestarse, por el contrario, ya mediante simple declaracion, ya mediante hechos: de donde nace la division de los actos en internos y externos y la subdivision de éstos en declaraciones de voluntad y actos libres. La actividad puramente interna de la voluntad queda fuera del Derecho, perteneciendo á la esfera de la moral (3). Pero teniendo siempre su raiz en la interior los actos externos que son inmediata-

(1) V. p. 79.

(2) Distínguense aquí rigurosamente los actos en cuanto son *objeto* del Derecho, de aquellos que sirven de *causa* á las relaciones jurídicas. Esta distincion ha sido ciertamente notada con toda exactitud por eminentes y discretos jurisconsultos; pero no siempre se ha partido de ella para una consideracion especial, como lo exige la claridad sistemática de la exposicion.

(3) Ya se ha insistido en lo inexacto de esta afirmacion: V., por ejemplo, el tomo I, p. 54. La actividad interna pertenece al derecho interno, cuya esfera cuantitativamente *coincide* con la moral; la actividad interna exteriorizada al derecho exterior individual y social; y cuando esta exteriorizacion reune ciertos caractéres, cae dentro de aquella *parte* del derecho social que se halla sometida al gobierno de los poderes públicos.—(*N. T.*)

mente objeto del Derecho y del juicio jurídico, y siendo inconcebible, á causa de la unidad de la actividad y voluntad humanas, una completa separacion entre lo interno y lo externo, se necesita, una vez la voluntad manifestada exteriormente, retrotraer el juicio jurídico de un acto en muchos casos á la esfera interna, á la intencion, á sus motivos morales. Por esto, es un error completamente censurable, aun en la ciencia positiva del Derecho, pretender divorciar enteramente la Moralidad y el Derecho. Este no penetra inmediatamente en la esfera moral, y espera que la voluntad se manifieste para retroceder entonces á sus fundamentos. Así se procede en el derecho criminal con los delitos y faltas, é igualmente en el derecho privado, donde se requiere atender, á propósito de un acto, á la buena ó mala fé, á la intencion, al temor, al error, al engaño y á la culpa.

2. Los actos son tanto positivos como negativos, de comision ú omision, porque en ambos existe una determinacion de la voluntad para hacer ó no hacer.

3. Los actos externos que pertenecen á la esfera del Derecho son: ó jurídicos, y por tanto lícitos, ó antijurídicos é ilícitos. Los primeros se distinguen á su vez segun que han sido cometidos con intencion (actos dolorosos) ó sin ella (con culpa, en el sentido romano, negligencia); y en ellos rige el principio de que nadie puede, por su medio, mejorar su condicion *(nemo ex suo delicto meliorem condicionem suam facere potest)*, si bien puede empeorar á causa de la obligacion de indemnizar ó de la pena (1).

(1) La pena que empeora la condicion del delincuente no es pena, sino acto de barbarie, de talion ó de compensacion, como suele decirse *(compensatio mali cum malo)*. Ni aun la restriccion de la libertad jurídica externa que la pena justa trae consigo, hace otra cosa que consagrar la situacion interna del sujeto, á la cual ha de corresponder exclusivamente, sin poner, por tanto, cosa alguna nueva y que venga del puro arbitrio del legislador ó del juez. En este sentido, además,

4. Los actos que son objeto del Derecho pueden ser inmediatos ó mediatos: lo primero, cuando, v. gr., se estipulan actos personales, ya espirituales, ya principalmente físicos, y lo segundo, cuando debe entregarse por medio del acto alguna cosa material. Ambas especies suelen comprenderse bajo la denominacion de «prestaciones»; pero la diferencia entre ellas tiene importantes consecuencias jurídicas. Muchas veces, cuando una cosa debe obtenerse por medio de un acto, puede el pretensor ó derecho habiente, en caso de negarse á ello el obligado, ser puesto por el juez en posesion inmediata del objeto; pero cuando se trata de un servicio no es posible ya la coaccion directa y solo cabe una valuacion é indemnizacion. En los actos que no pertenecen á la esfera del Derecho de bienes no es posible tampoco esta solucion en muchos casos, sino otras consecuencias jurídicas.

5. Segun las esferas de la vida, pueden dividirse los actos, en actos que principalmente pertenecen al derecho de bienes ó que tienen, por el contrario, más bien un carácter ético-jurídico. Por lo comun, se suelen incluir en el derecho privado

---

dicha restriccion, que sujeta á tutela al que la necesita, no tiende sino al bien de éste y de la sociedad toda. Sólo es posible considerar como un mal la restriccion exterior de la libertad cuando se la refiere á la condicion del sujeto jurídicamente inocente, para el cual sin duda seria un mal limitarle facultades de que no ha hecho mal uso y que puede y debe, por tanto, ejercitar en bien propio y de todos, asimismo. Como Röder ha dicho, el permanecer en cama, por ejemplo, no puede estimarse un mal sino para el hombre sano; mas no para el enfermo, supuesta la situacion de tal. O en otros términos: dada la condicion del delincuente (sin cuyo supuesto no cabe hablar de pena, ni tiene ésta sentido alguno), el mayor bien que puede y debe recibir, es el del tratamiento adecuado á su estado y á fin de remediarlo ó auxiliarle para ello hasta donde sea posible. Ahrens, pues, habla aquí de la pena como si se aplicase al inocente y no al criminal, esto es, de un modo abstracto y siguiendo, como en otras ocasiones, la tendencia de las tradiciones escolásticas, más que de los principios que en otras establece.—(*N. T.*)

únicamente los primeros; pero hay ciertos órdenes, especialmente el derecho de familia, en que tienen grande interés los segundos. La fidelidad conyugal, por ejemplo, segun varias veces se ha advertido, no es sólo un deber moral sino jurídico, por donde su infraccion puede tener consecuencias jurídicas tambien (v. gr., la separacion ó disolucion del matrimonio), que no pueden valuarse de modo alguno en dinero.

Otros caractéres de los actos, por el temor, el fraude, la ignorancia, el error, etc., que ocurren en aquellas determinaciones que son causa de relaciones jurídicas y en particular de negocios jurídicos, se consideran al tratar de dichas relaciones.

Los actos, como objeto de relaciones de Derecho ó las prestaciones, deberian tambien examinarse segun las categorías generales (1) en un sistema jurídico más ámpliamente desarrollado, en su unidad (actos singulares y generales), su sustantividad (principales y accesorios), todeidad (indivisibles y divisibles), modalidad (necesarios, posibles efectivos), etc., lo cual sólo cabe aquí indicarse.

SECCION CUARTA.

De las relaciones jurídicas y especialmente del orígen y terminacion de los derechos.

CAPÍTULO PRIMERO.

IDEAS GENERALES.

§. 9.—De los hechos que son causa de las relaciones jurídicas.

Hasta aquí, hemos tratado separadamente el sujeto y el objeto del Derecho. Mas el objeto existe *para* el sujeto y se

(1) V. p. 35.

necesita por esto estudiarle en relacion con él: relacion que se produce en general por medio de un hecho que sirve de condicion para ella, y en particular, por medio de actos. Así nace la relacion de derecho que expresa el vínculo de un sujeto y un objeto por medio de un hecho jurídico. Este hecho determinante es la verdadera cópula en la relacion, debiendo, por tanto, examinarse ahora más detenidamente.

El hecho que condiciona y engendra una relacion jurídica es, por respecto á su orígen, de dos clases, segun que es ó no independiente de la voluntad. El hecho independiente de la voluntad, así del pretensor como del obligado, nace del accidente, de la muerte, de una relacion natural (produccion ó destruccion de una cosa por causas meramente físicas), ó de los vínculos de la vida (como el que media entre los padres y los hijos ó la sucesion intestada). Esta especie de hechos tiene en el Derecho grande importancia: pues si en general el hombre no puede determinar todas las circunstancias de su vida por medio de la voluntad, sino que muchas veces obedecen éstas á hechos externos, el Derecho, á su vez, constituye una organizacion de todas las relaciones de la vida, y no sólo, como afirma una teoría exclusiva, de las voluntarias y libres.

Más comprensivos los hechos de la segunda especie, ó sea los que nacen de los actos voluntarios, pueden éstos ser *unilaterales*, cuando proceden de una sóla persona, y *plurilaterales*, cuando se realizan por varias personas á fin de constituir una relacion de derecho entre ellas. Los actos unilaterales se presentan en el derecho de las cosas, cuando, v. gr., se ocupa una de éstas que no tiene dueño, así como en el derecho de obligaciones, donde pueden engendrar pretensiones y obligaciones. En esta última esfera, se subdividen los actos unilaterales en justos é injustos. Por ejemplo, la gestion de negocios sin mandato es un acto unilateral,

justo, que en ciertos casos dá lugar á una accion del gestor contra aquel cuyos negocios ha dirigido y vice-versa, mientras que, por otra parte, el daño es un acto unilateral tambien, pero injusto, que dá accion al perjudicado contra el autor del daño para que le indemnice, aunque entre ellos no existe relacion contractual alguna.—De los actos voluntarios realizados por varias personas para fundar una relacion jurídica, nacen los contratos, que á su vez se dividen en unilaterales, ó más bien, onerosos para una sola parte, ó bilaterales ó mútuamente onerosos.

1.° Las relaciones jurídicas que, especialmente en el derecho de obligaciones, se engendran por medio de la primera clase de hechos, se llaman con razon *obligaciones por estado ó situacion*, concepto que pide más extensa aplicacion que la que usualmente se le dá; 2.°, las que proceden de actos voluntarios justos, con ó sin contrato, constituyen las *obligaciones por negocios*; 3.°, aquellas, por último, que se determinan por actos injustos, son las *obligaciones por delito*. En estas tres especies se comprenden, por tanto, las divisiones antes indicadas.

§. 9.bis—Orígen y extincion de los derechos.

Consideremos ahora en particular el nacimiento y extincion de los derechos por respecto á la persona investida de ellos.

El orígen, nacimiento ó adquisicion de un derecho puede ser *absoluto* ó *relativo*: lo primero, cuando nace inmediatamente; lo segundo, cuando se alcanza un derecho que hasta entonces poseia ya otra persona. Igualmente, la pérdida puede ser *absoluta* y *relativa*: esto último tiene lugar cuando el derecho sólo se pierde para la persona que hasta entonces lo tenia, pasando á otra.—Coincide con esta distincion, aunque es en parte diferente, la de la adquisicion en *originaria* y *de-*

rivada, segun que se verifica ó no independientemente del derecho de otra persona; en el segundo caso, esta tercera persona es el causante *(auctor)* del derecho que se adquiere, derecho que, por tanto, se halla condicionado por el del causante. El derecho adquirido puede ser: 1.°, un derecho *nuevo*, nacido de uno de los elementos no comprendidos en el derecho del causante y que limita de algun modo á este derecho (v. gr., en la adquisicion de una servidumbre); 2.°, el *mismo* derecho que el causante tenia y trasmite al sucesor. Esta trasmision jurídica, llamada *sucesion*, puede tener lugar á su vez de dos modos: 1.°, adquiriendo el sucesor *algunos* de los derechos del causante *(in singulas res succedere)*, sucesion singular; 2.°, ó adquiriendo la *totalidad* *(in universum jus succedere* sucesion universal), donde los derechos particulares se trasmiten con el todo y mediante éste.

Por respecto al modo de nacer ó perderse un derecho, hay una distincion importante, segun que la adquisicion puede nacer de un acto del adquirente ó inmediatamente *(ipso jure)*; y segun que la pérdida depende ó no de los actos del derecho habiente. En el primer caso, tratándose de la pérdida, puede el acto, por sí mismo, tener esta consecuencia, aun sin intencion del agente, cuando la pérdida se verifica por medio de un acto ilícito, ó por el contrario, puede ser la intencion del sujeto perder este derecho; esta pérdida intencional recibe el nombre general de enagenacion *(alienatio)* y de renuncia *(renuntiatio)*, cuando no se trasmite el derecho á un tercero.

Entre los hechos por los cuales nacen ó se extinguen los derechos, son los más importantes los actos, segun ya antes se ha hecho notar, que debemos, por esto, considerar más detenidamente.

CAPÍTULO II.

DE LOS ACTOS EN ESPECIAL COMO CAUSA DEL ORÍGEN Y TERMINACION DE LOS DERECHOS.

§. 10.—Division.

Así como la voluntad es en general la facultad de la causalidad, así tambien sus actos constituyen en todas las esferas del Derecho la causa más importante por que nacen y cesan las relaciones jurídicas. Respecto de ellos, debemos considerar los siguientes elementos que interesan á nuestro objeto:

1.° La *facultad* de la voluntad ó actividad, la cual debe estudiarse *a)* en sí misma, como *capacidad de obrar*; y *b)* por relacion á un objeto, como autorizacion ó *facultad de disponer* acerca de él.

2.° El *acto* voluntario ó sea la voluntad efectiva, en la cual deben estudiarse *a)* los *motivos* ó razones determinantes de la voluntad, así de la defectuosa como de la justa; *b)* el contenido jurídico de la voluntad, ó sean las determinaciones principales y accesorias de ésta; *c)* la manifestacion de la voluntad α) por mera declaracion ó β) por medio de hechos.

§. 11.—De la facultad de obrar.

El poder ó facultad de obrar debe considerarse en sí mismo como capacidad de obrar y, por relacion á un objeto, como facultad de disponer, como ya se ha dicho.

I. *Capacidad de obrar.*—Son incapaces de obrar, tanto en sentido natural como jurídico, los locos y cuantos se hallan en cualquiera otro estado en que falta la razon. Tambi en lo

son los niños menores de siete años (1). Estas personas, sin embargo, no son incapaces de *derecho*, pues que la capacidad jurídica es inherente á la personalidad humana; sino que

(1) Aquí ofrece el autor otra prueba más del influjo que en sus teorías ejerce el derecho positivo, cuyos principios expone muchas veces como si lo fueran del Derecho natural. El límite de la edad, entendido de esta manera mecánica, ni en este punto ni en ningun otro puede tenerse por razonable. Así lo han presentido los jurisconsultos de la escuela histórica al suponer instituciones de "mero derecho positivo," para las cuales no hallaban otro principio determinante que el arbitrio del legislador en un cierto término medio, variable en cada caso: por donde explícitamente declaraban la falta de fundamento racional de tales instituciones. Esta manera abstracta de fijar, *a priori*, la edad de la capacidad de obrar, de la responsabilidad, de la mayoría, etcétera, como los plazos para la prescripcion, los trámites del procedimiento ó la duracion de las penas, es radicalmente contraria á las necesidades reales de la vida, que piden una decision particular en cada caso, segun el conjunto de circunstancias que en él concurren y de las cuales no es lícito prescindir: porque su carácter concreto pide un juicio enteramente concreto tambien. Seria difícil mostrar por qué arte maravilloso adquiere el niño de siete años y un dia el grado de capacidad y responsabilidad que 24 horas antes le faltaba; mientras que nada más razonable que atender para cada hecho á las condiciones y datos de que puede obtenerse el conocimiento del verdadero estado de la capacidad del sujeto, para resolver lo que proceda en consecuencia. Y si se objetase que este conocimiento, el cual tiene que partir de los hechos y manifestaciones exteriores, para inducir el estado interno de la inteligencia, sentimiento y voluntad del agente, sólo puede obtenerse de un modo aproximado con un grado mayor ó menor de probabilidad en el acierto, esta objecion, probaria demasiado, por una parte, y seria, por otra, contraproducente. Lo primero, porque si no pudiese valer, v. gr., para el juez, el conocimiento del estado interno de un sujeto jurídico, por su imposibilidad de penetrar directamente en la conciencia de éste y la necesidad de apelar á aquel proceso inductivo, deberia suprimirse, con otras muchas instituciones y esferas, todo el derecho penal; á ménos de volver á aquellos tiempos, en que se reputaba delito todo mal causado exteriormente, con ó sin intencion, y aun por la mera accion de las fuerzas naturales. Y seria este argumento contraproducente, además, porque nadie logrará descubrir el enlace entre él y la consecuencia que se pretende derivar: pues por difícil y aventurado que se suponga el juzgar de la conciencia

no les es lícito ejecutar actos jurídicos por sí propios, aunque pueden adquirir derechos y obligaciones por medio de sus representantes. La representacion se exige igualmente en las personas jurídicas, las cuales carecen de voluntad (1). Por otra parte, hay personas que pueden adquirir derechos, pero no obligaciones, por sus propios actos, á saber: los menores de edad y los pródigos. Por medio de actos ilícitos se obligan, no obstante, unos y otros: los primeros, cuando se hallan tan próximos á la pubertad *(pubertati proximi)* que pueden discernir la injusticia.

La asistencia recíproca, comprendida en el concepto del Derecho, engendra por respecto á las personas citadas, en cuanto no pueden obrar por sí mismas, así como para otras, la *representacion*, ó sea el poder de realizar actos jurídicos por otras personas y con ó sin su mandato. En los actos ilícitos, cuya responsabilidad es siempre del agente, no cabe representacion alguna. La relacion en que la representacion consiste puede nacer: *a)* de la situacion jurídica de una persona con respecto á otra, v. gr., del tutor para con el pupilo; *b)* de comision ó mandato (procura), mandato que puede ser especial para un asunto dado ó general para un conjun-

---

ajena, harto más difícil, y más aventurado, y muchísimo más peligroso es pretender medir por un rasero á todos los indivíduos sin atender á circunstancia alguna: con lo que, por evitar la posibilidad de un error, se incurre necesariamente en otro, completamente seguro, abstracto y arbitrario.—(*N. T.*)

(1) Esta afirmacion no parece exacta. Las personas *sociales (jurídicas*, en la terminología reinante, que el autor acepta) son tales personas, séres reales, propios, sustantivos, con espíritu social y voluntad social consiguiente. La necesidad de la representacion en ellas se funda en que el indivíduo es siempre el último órgano de la actividad en todas las esferas. Por lo demás, el principio de la representacion tiene más profunda base antropológica, y aun metafísica, que la mera necesidad de suplir la limitacion de tal ó cual clase de sujetos jurídicos.—(*N. T.*)

to de negocios presentes ó futuros; *c)*, sin mandato, en aquellos casos de necesidad en que parece beneficiosa para los intereses de un ausente: el agente en este caso *(negotiorum gestor)* puede adquirir á veces ciertos derechos contra aquel en cuyo beneficio ha prestado su asistencia.

II. *Facultad de disponer.*—Esta facultad puede desaparecer: *a)* cuando el objeto se halla sustraido á la disposicion privada; *b)* cuando no está sometido al poder jurídico del agente.

§. 12.—Determinaciones viciosas de la voluntad.

El modo como la voluntad se determina á la accion efectiva, es ciertamente un hecho espiritual é interno, pero al cual debe atenderse en el Derecho en cuanto ese hecho se manifiesta por medio de actos exteriores y porque la accion, desde su orígen hasta su realizacion última, constituye una unidad, aunque presenta diversos aspectos.

La determinacion de la voluntad puede ser justa ó viciosa. Consideremos, ante todo, esta última.

La determinacion viciosa de la voluntad no puede pasar por justa en el Derecho ni ser para él indiferente. Por el contrario, segun los distintos casos, el Derecho nos protege de ciertos daños que nacen de aquellas acciones ó establece para éstas ciertas consecuencias perjudiciales. La voluntad viciosa puede serlo de dos modos.

1) Habiendo de dirigirse siempre la voluntad á algun objeto, puede determinarse por otra cosa que el objeto á que nuestra intencion mira positiva ó negativamente, sustituyendo aquella al verdaderamente querido ó no querido. Esto tiene lugar, ya porque un influjo exterior suprima la libertad de la determinacion por la coaccion psíquica y el *temor* que de ella nace, ya porque otra persona nos induzca á error y lo aproveche *(fraude)*, ya porque nosotros mismos nos ha-

llemos en *error* ó *ignorancia*. En todos estos casos nuestra accion se determina siempre por un objeto que no es por el que nosotros quisiéramos determinarnos; existiendo, pues, *motivos viciosos*, que pueden presentarse así en los actos justos como en los ilícitos.

2) Otra cosa acontece cuando lo vicioso es la direccion misma que damos á nuestra voluntad hácia un objeto que efectivamente queremos, pero que no *debiéramos* querer, merced á lo cual el acto es ilícito. Esta direccion nace, á su vez, ora de que nos propongamos lo ilícito, ó sea el objeto contrario al derecho, habiendo entonces mal *propósito (dolus)*, ora de que dicho acto ilícito nace sólo de una determinacion positiva ó negativa de la voluntad, no porque directamente nos lo propongamos, sino porque la voluntad ha dejado de dirigirse á una accion ú omision que habria evitado lo ilícito *(culpa)*.

Consideremos ahora por separado cada uno de estos dos modos de voluntad.

I. *Motivos viciosos de la voluntad.*—En los primeros y más rudos comienzos de la cultura jurídica, cuando sólo se atiende al acto exterior, los motivos internos se estiman en poco ó nada. Por ejemplo, el primitivo derecho romano, estricto formalista, prescindia de ellos, hasta que el derecho pretorio sentó una doctrina que, desarrollada gradualmente y llevada á una gran perfeccion, ha sido aceptada por las legislaciones modernas, sin añadir novedad alguna esencial en sus principios.

A. *Fuerza y miedo.*—No se trata aquí de la coaccion física *(vis*, en estricto sentido), la cual no constituye un motivo de la accion, sino que destruye la idea de ésta, ó sea la propia actividad.

La coaccion psíquica (espiritual, psicológica), es el temor *(vis ac metus)* producido por la amenaza de un mal. Mas

para que pueda pretenderse la proteccion del Derecho contra los perjuicios que puedan nacer de actos producidos á impulso de ese temor, se necesita que el mal pueda tener importancia á los ojos de un carácter (1) firme *(justus metus)* y haya probabilidad de que se realice *(praesens metus)*. En la indagacion del juez, debe éste tomar en cuenta la situacion especial del sujeto, especialmente el sexo, la edad y el carácter, segun un cierto término medio de reflexion y de energia.

B. *Dolo.*—El dolo ó fraude, consiste en inducir á otra persona á error intencionalmente ó en aprovecharse del error en que haya podido incurrir.—El derecho romano usa para este caso la palabra *dolus* que, sin embargo, denota igualmente toda clase de intencion injusta. En el dolo, tomado en ambos sentidos, vale el principio de que nadie puede enriquecerse por su fraude ó intencion injusta *(nemini dolus suus prodesse debet)*, dándose siempre accion al engañado contra el causante de su engaño y contra sus sucesores, debiendo responder cada cual del dolo *(dolus semper praestatur)*. Es regla general que el que acusa de dolo á su contrario necesita probarlo.

C. *Error.*—Es indiferente que el sujeto de la accion tuviera un conocimiento inexacto *(error)* del objeto, ó no tuviese conocimiento alguno de él *(ignorantia)*. El error se

(1) De aqui la distincion entre el miedo en *grave* y *leve*, que hace la ley 7.ª, tít. 33 de la Partida 7.ª: "...*Metus* en latin tanto quiere dezir en romance, como miedo de muerte, o de tormento de cuerpo, o de perdimiento de miembro, o de perder libertad, o las cartas, por que la podia amparar, o de rescebir desonrra por que fincaria enfamado: e de tal miedo como este, o de otro semejante, fablan las leyes deste nuestro libro, quando dizen, que pleyto, o postura, que ome faze por miedo, non deue valer. Ca por tal miedo, non tan solamente se mueuen a prometer, o fazer algunas cosas, los omes que son flacos, mas aun los fuertes. Mas en otro miedo que non fuesse de tal natura, a que dizen vano, non escusaria al que se obligasse por el."—(A.)

considera en el Derecho de distinto modo, segun que verse sobre el Derecho mismo ó sobre un hecho *(error seu ignorantia juris vel facti)*.—*a)* El primero, en general, no puede servir de excusa, segun la regla de que todos deben conocer el Derecho, salvo en ciertos casos y á determinadas personas *(quibus jus ignorare permissum est)* como los menores, las mujeres y los rústicos: así como cuando recae, no sobre preceptos generales, sino sobre privilegios, derechos locales y costumbres.—*b)* El error de hecho, por el contrario, cuando no descansa en una gran negligencia *(negligentia crassa)* sirve de excusa muchas veces y con ciertas circunstancias. Por una parte, pueden nacer de él ciertos beneficios, v. gr., en la posesion de buena fé, en la usucapion, en la percepcion de frutos; por otra, puede impedir la pérdida que naceria de haber omitido ciertos requisitos y la aplicacion de determinados preceptos jurídicos, perjudiciales para el agente, produciendo accion. Por regla general la prueba del error concierne al que lo alega.

II. *Direcciones viciosas de la voluntad.*—Consideremos ahora los vicios de la voluntad en su direccion y la obligacion de indemnizar que de aquí nace.

A. *Intencion injusta (Dolus*, en ámplio sentido).—Los motivos subjetivos por los cuales se realiza intencionalmente un acto contrario en sí mismo al Derecho, son aquí indiferentes: sean la codicia, la enemistad, gusto de hacer daño, etcétera. El agente responde siempre de toda injusticia (1) intencional *(dolus semper praestatur)* y por tanto, en el derecho de bienes, del daño que de aquella nace; no pudiendo

(1) "Un daño intencional" debiera decir: pues que injusticia sin intencion no es posible, siendo la idea de la injusticia precisamente la de un perjuicio causado con intencion (más ó ménos reflexiva), esto es, la realizacion voluntaria de un hecho que constituye una condicion *contraria* á los fines racionales de la vida, aunque consista en una omision.—(*N. T.*)

pactarse la irresponsabilidad del dolo, ni aun en los contratos, por ser una condicion inmoral.

B. *Culpa.*—La culpa que, por respecto á un daño, nace de imprudencia, es de varios géneros y grados.

a) Hay dos clases de culpa: la absoluta ó, como dicen los romanistas, aquilina (determinada por la *lex aquilina)* y la relativa, ó extra-aquilina (1). La primera tiene lugar cuando no nace de ninguna determinada relacion particular entre el ofensor y el ofendido, segun principalmente acontece en el caso de daño corporal á la propiedad ajena; la segunda, cuando se infringe una relacion especial del derecho de obligaciones entre ambos; esto es, una obligacion personal. —*b)* En la culpa absoluta, no hay grados, aplicándose el precepto general *(neminem laede)*, que se imputa siempre cuando se infringe por un acto positivo. La culpa relativa es de varios grados, entre los cuales se distinguen la culpa *lata* y la culpa *levis:* la primera tiene lugar cuando no se ha observado el cuidado y diligencia que usualmente guarda cualquier persona, sin que necesite grandes cualidades especiales; y la segunda, cuando no se tiene el cuidado propio de un buen padre de familia. En ciertas relaciones (v. gr., en la administracion del tutor ó del marido) nace una modificacion de la culpa, midiéndose ésta por un criterio individual no general, á saber: el de la diligencia que aquella determinada persona pone en sus propios negocios *(diligentia quam suis rebus adhibere solet):* la falta de esta diligencia puede en determinadas circunstancias convertirse en una

(1) El autor añade "obligatoria" *(obligatorische)*; pero esta palabra significa aquí, como el texto siguiente declara, la culpa nacida del derecho de obligaciones: por esta causa y para evitar el equívoco se suprime arriba, temiendo sustituirla por un neologismo, v. gr., "obligacional" que determina, sin embargo, la ambigüedad del sentido.—(*N. T.*)

culpa lata. Las reglas del derecho romano tocante á la imputacion de la culpa relativa están determinadas segun que la persona (ya sea sólo una de ellas, ya ambas) se aprovecha de la relacion, en cuyo caso debe prestar *omnem culpam* ó no, respondiendo entonces tan sólo de la culpa lata (1).

§. 13.—De las determinaciones justas de la voluntad (2).

Los actos voluntarios del hombre, como sér racional, pueden ser justos en dos sentidos: por el *fin* y—en el caso de que el acto no constituya en sí mismo el último fin—por el *medio*, esto es, el fin inmediato, merced al cual debe alcanzarse el último. Entrambos fines, inmediato y mediato, próximo y último, en cuanto son recibidos en la conciencia, son objeto de la *intencion*, la cual, por consiguiente, se distingue en intencion del fin é intencion del medio, siendo esta última, subjetivamente, inmediata, y objetivamente, mediata. El último fin de una accion y su intencion correspondiente, jamás se cierran dentro de la esfera jurídica, sino que pertenecen, ante todo (3), á la moral (la ética): pues aun en la donacion, donde parece identificarse la intencion benéfica y el medio de manifestarla, el enriquecimiento gratuito del donatario, constituye sólo la intencion inmediata, tras de la cual puede aspirarse á diversos fines, tales como mostrarle afecto ó facilitarle el cumplimiento de algun otro fin, v. gr., el estudio. La intencion última trasciende siempre, segun esto, en todo ó en parte, sobre la esfera del Derecho, el cual,

(1) Sobre los principios del derecho germánico tocante al accidente y la culpa al daño y al riesgo, véase á STOBBE, *Sobre la Historia del contrato en el derecho germánico (Zür Gesch. des deutschen Vertragsrecht)*, p. 290 y siguientes.

(2) Las determinaciones justas de la voluntad, por regla general, no se explican fundamentalmente, sino se enumeran tan sólo.

(3) V. §. 14.

por el contrario, se refiere á los medios é intencion próxima, aunque en constante comunion con la moral: pues el Derecho se aplica al bien en general y á los diversos bienes de la vida perseguidos como fines, sólo en el concepto de medio condicionante, constituyendo toda relacion jurídica una forma mediante la cual pueden lograrse esos fines humanos.

Pero así como el fin último y el inmediato y jurídico se hallan constantemente en conexion interna, así tambien pueden entrar en conexion exterior y de consiguiente jurídica; de suerte que el fin último y su intencion vengan á ser de importancia para el juicio de una relacion de Derecho. En el derecho penal, es este fenómeno evidente; pero aun en el privado se presenta, y no sólo de una manera negativa, sino tambien positivamente. Pues por una parte, no cabe jamás referir *expresamente* relacion alguna jurídica á un fin ilícito, aunque esta referencia se establezca en forma de condicion impuesta ó de determinacion del fin *(modus)*, si bien son distintos sus efectos segun las diversas legislaciones positivas. Además, el fin lícito puede ser decisivo para el caso jurídico cuando se declara terminantemente como motivo (*causa* en el derecho romano), en forma de supuesto ó de condicion, y de suerte que aparezca que, sin ello, la relacion jurídica no se habria contraido.

En el Derecho son siempre de capital importancia el fin contenido en una relacion jurídica y la intencion que á él se dirige, la cual en muchas de esas relaciones constituye un elemento distintivo, sin el cual no existirian como tales. Así, por ejemplo, el *animus possidendi* distingue la *possessio* de la *detentio;* como en el derecho romano el *affectus maritalis* diferencia el *matrimonium* del *concubinatus;* ó como se exigen el *animus donandi, novandi*, etc. En los negocios bilaterales el *animus* debe dirigirse á un mismo fin (1).

(1) V. §. 39.

Cuando dos ó más personas se hallan entre sí como otras tantas partes en una relacion correspondiente al derecho de bienes, la posicion de cada una de ellas, por lo que toca á su intencion respecto del fin económico pretendido, puede ser *igual* ó *desigual*, segun que ambas partes se propongan enriquecerse mútuamente ó que sólo una de ellas quiera enriquecer á la otra. Lo primero acontece únicamente en el derecho de obligaciones en los contratos bilaterales; lo segundo en la donacion, la cual no debe considerarse meramente como un contrato, sino como un acto general jurídico (1) y como una relacion tan propia del derecho real, v. gr., en la concesion de un *jus in re* dejándolo prescribir intencionalmente, como (2) del de obligaciones (v. gr., la promesa de donar).

§. 14.—Contenido de las relaciones jurídicas (3).

I. *Concepto general.*—El contenido de toda relacion jurídica es la determinacion de una *relacion de la vida*, segun

(1) El contrato no es más que una especie entre las que constituyen los actos jurídicos, ó sea uno de los modos de producirse (nacer, modificarse, extinguirse) determinadas relaciones que constituyen una situacion particular de Derecho. No sólo la donacion (como hacen PUCHTA y otros, contra la opinion que el autor expone en la nota siguiente), sino el contrato en su más ámplio concepto y especies fundamentales, pertenece á la parte general de la ciencia del Derecho; pues en esta parte es donde se estudia la actividad jurídica y sus peculiares determinaciones comunes. Considerar el contrato como una institucion particular, segun suele hacerse por los más de los civilistas, es desconocer la naturaleza de este acto.—(*N. T.*)

(2) Algunos jurisconsultos modernos como PUCHTA, ARDNTS y otros, tratan por esto la donacion en la parte general, á la cual, sin embargo, sólo pertenece su concepto y sus principales aplicaciones; correspondiendo luego á cada parte especial la exposicion de las formas que en ésta se presentan: la promesa de donacion pertenece, pues, á los contratos.

(3) Toda la teoría del contenido de las relaciones jurídicas necesi-

los elementos contenidos en el Derecho: por donde en dicho asunto hay siempre un sujeto y un objeto unidos por el fundamento de Derecho que radica en el fin de la relacion. Para explicar este problema, se prescinde, por lo comun, del sujeto, considerando sólo el elemento objetivo y aun confundiendo é identificando contenido y objeto; cosas ambas igualmente erróneas y parciales. Precisamente el sujeto deriva del contenido sus pretensiones correspondientes como, en otro sentido, sus obligaciones; pretensiones y obligaciones que, concebidas como constituyendo un *todo* por respecto á un objeto, deben constituir el contenido de la relacion.

Para indagar debidamente una relacion jurídica se trata de saber *cómo* se determina una relacion de la vida. Ahora bien, esto tiene lugar de los modos que á continuacion examinaremos.

II. *Diferencia entre el contenido del derecho real y el de obligaciones.*—Segun la division capital de las relaciones jurídicas, en otro lugar declarada, el contenido de éstas puede pertenecer, ya al derecho de bienes, ya al de obligaciones; y conforme á estas dos especies se distinguen tambien sus condiciones determinantes. En el primer órden, en el cual aparece siempre una relacion *inmediata* de un sujeto á una cosa determinada en el espacio, relacion dada por un fin referente á esta clase de bienes, está determinada dicha relacion por condiciones que en parte radican en ella misma, como el dominio ó posibilidad de disponer la persona de la cosa para el fin correspondiente; y en parte, en la necesidad de poner en

---

ta ser tratada de un modo más fundamental y comprensivo, incluso en la ciencia jurídico-positiva. Para este fin, aquí sólo cabe hacer algunas indicaciones. En este problema, se revela toda la importancia del concepto de condicionalidad, nota característica del concepto del Derecho, que ha expuesto KRAUSE, y el cual halla tambien en esta aplicacion una prueba de su exactitud.

la debida armonía toda determinada relacion de esta clase con todas las demás concernientes al objeto y especialmente con las económicas, morales y políticas, desde su nacimiento, por todo su curso y hasta su conclusion, estableciendo con arreglo á estas bases las condiciones de la adquisicion, uso y extincion de cada derecho real. Las pretensiones y facultades en esta esfera, no son, por tanto, sino las direcciones posibles de la actividad del sujeto, ordenada conforme á estas condiciones. Así, v. gr., el derecho de la ocupacion se regula por la condicion subjetiva del ánimo de apropiarse la cosa y la objetiva de no tener ésta dueño. Además, á distincion de lo que en la esfera de las obligaciones acontece, estas condiciones se establecen aquí, no por la voluntad de los particulares, sino por la organizacion general jurídica, atendiendo á los diversos fines de este órden.

En el derecho de obligaciones, por el contrario, que regula las relaciones condicionales de una persona inmediatamente enlazada tan sólo con los actos ó prestaciones de otra, tienen lugar más bien las condiciones principales y accesorias determinadas por la voluntad. Cierto es que tambien aquí se halla ésta sometida á condiciones que no le es dado alterar.—De una parte, los actos voluntarios, en cuanto son la causa del nacimiento de las obligaciones, se hallan sujetos á principios esenciales exigidos por el órden jurídico, como la ausencia de coaccion, de fraude, etc.; por otra parte, toda relacion obligatoria se rige por condiciones fundamentales tambien, que no consienten cambio alguno. Mas con todo, la voluntad de las partes alcanza en esta esfera mayor libertad de accion para determinar el contenido, especialmente por respecto á los *naturalia et accidentalia negotii*.

Consideremos ahora especialmente este contenido.

III. *Consideracion especial del contenido de las relaciones en la esfera de las obligaciones.*—El contenido de las tres es-

pecies de relaciones de esta clase (obligaciones de negocios, de delitos y de estado) es tambien diverso. En las últimas, cuya causa reside en un hecho independientemente de todo acto voluntario de las partes, el contenido y la pretension y obligacion que de él procede, dependen de la naturaleza de la obligacion. Así acontece en la comunidad accidental, donde nacen una pretension y una obligacion para disolverla, observando cierta conducta jurídica y recíproca por respecto á este fin, como tambien cuando aumentamos de fortuna por accidente y sin culpa alguna nuestra, tenemos la obligacion de indemnizar, etc. En las obligaciones de delito el contenido está dado por la pretension y obligacion de compensar el daño (pretension y obligacion que en el derecho romano se extiende tambien á la pena privada). En cuanto á las obligaciones de negocios, debemos estudiar su contenido, especialmente á causa de su grande importancia.

IV. *Contenido de las obligaciones de negocios.*—El contenido de los negocios jurídicos bilaterales y unilaterales, nacidos de actos justos de la voluntad, consiste en un todo de determinaciones, *por* ó *para* la voluntad misma. Estas determinaciones son siempre en el derecho condiciones en el pleno y general sentido de la palabra (1): pues condicion es,

(1) El concepto de condicion ha sido todavia poco indagado y desarrollado en todos sus sentidos: LEIBNITZ ha iniciado esta indagacion en su extenso ensayo *Doctrina de conditionibus* (como un *specimen certitudinis sive demonstrationis in jure) op. omn. stud. Dutens*, t. IV, p. 29-159; pero considera principalmente la condicion sólo en el sentido de co-determinacion. En los tiempos modernos, WINDSCHEID en su *Teoría del derecho romano acerca de las suposiciones* (Die *Lehre des römischen Rechts von der Voraussetzung*, 1850) ha indicado otras especies de derminaciones de la voluntad tan importantes para el Derecho como insuficientemente estudiadas hasta ahora. Pero su exposicion deja que desear por respecto al rigor de las distinciones, que sólo pueden precisarse en la doctrina entera de la "condicion". Es el nombre más adecuado para todas las especies, mientras que la de "suposi-

segun dice tambien Böckin (1), «toda determinacion de un sujeto ú objeto, cualidad ó estado de una persona ó cosa, tanto en general, cuanto en relaciones particulares;» ó como declara Göschen (2), «toda determinacion mediante la cual viene á caracterizarse en su individualidad algun negocio jurídico»; presentándose tambien con esta significacion general así en el derecho romano como en los códigos modernos. Pero en sentido estricto, se llama condicion á toda co-determinacion; y más estrictamente aún aquella co-determinacion que hace depender de un acontecimiento futuro é incierto la existencia de una relacion jurídica.—Consideremos estas tres especies de condiciones que nacen de un diverso orígen.

A. Las condiciones, en sentido más general, nacen en aquella relacion jurídica cuyo contenido esencial constituyen *(essentialia negotii)* de uno de estos dos modos:

a) Del órden objetivo jurídico (la ley), sea para todos los negocios, ya para algunos especiales, positiva ó negativamente, y se imponen á la actividad de los indivíduos. A esta esfera corresponden particularmente las disposiciones tocante á la nulidad de los negocios privados que versan sobre cosas *extra-commercium*, las relativas á la espectativa de la herencia de una persona que aún vive; la prohibicion legal de enagenar, sea para prevenir una ligereza, como cuando se declaran ilícitas ciertas donaciones, sea para conservar ciertos bienes de determinados sujetos (como la dote, los bienes del menor ó de la Iglesia, el feudo); las disposiciones adoptadas por consideraciones económicas sobre la tasa del interés en los préstamos, sobre el arrendamiento, sobre las sociedades industriales y mercantiles; por último, las que

cion» alude de un modo más subjetivo á la posicion de la condicion, ya en el espíritu, ya tambien en las palabras.

(1) *Pandectas (Pandekten,* §. 3).

(2) *Pand.*, I, p. 277.

atienden á impedir fines inmorales. Todos estos preceptos legales, ya positivos, ya negativos, condicionan la actividad voluntaria por relacion á un objeto.

b) Tambien nacen esas determinaciones de la naturaleza inmutable del negocio mismo, naturaleza que á su vez procede del modo permanente como puede lograrse, mediante dicho negocio, un fin lícito fundado en el órden de la vida y comunion social humanas. Así, por medio de la donacion, de la permuta, de la venta y las diversas especies de comodato, se persiguen varios fines, determinándose conforme á éstos y de un modo permanente, las instituciones que á ellos corresponden y que, si es cierto que en cada sistema de derecho positivo se establece de una manera algo diferente que en los demás, necesitan siempre, con todo, y en virtud de la comunidad de los fines que á ellas presiden, obedecer á principios fundamentales tambien comunes. Por esto, en todo negocio jurídico hay disposiciones esenciales nacidas de su naturaleza y consideradas como indispensables por el derecho positivo, las cuales constituyen las condiciones necesarias, sin las que es inconcebible el negocio; por ejemplo, en la constitucion de la dote, la condicion del matrimonio, para cuyo fin se establece aquella; en el mútuo, la tradicion de una cosa fungible, y en el comodato, la concesion gratuita del uso de una cosa insustituible, etc. A estas condiciones es tambien á las que llama el derecho romano *juris conditiones* ó sean *conditiones quae tacitè* ó *vi ipsa negotio insunt,* ó *ex jure venientes* (1).

Estas dos especies de condiciones que acabamos de examinar constituyen el contenido *esencial* del negocio jurídico, contenido enteramente inmutable por disposicion privada *(essentialia negotii)*.

---

(1) V. Böcking, *o. c.*, §. 3.

B. La ley dispositiva ó permisiva (1) dá lugar á un género intermedio de condiciones que se aplican solamente cuando la voluntad de los particulares no dispone otra cosa. Llámaseles naturales, regulares ó usuales *(naturalia negotii)* y pueden modificarse por la voluntad privada; pero correspondiendo la prueba de la modificacion al que la alega.

C. Las condiciones impuestas por la mera voluntad privada *(accidentalia negotii)* son accidentales ó más bien arbitrarias, ora se establezcan en pactos secundarios, ora por disposiciones accesorias (especialmente, *conditio, dies, modus)*, ora nazcan tambien por medio de actos ilícitos. Aquí sólo debemos estudiar las determinaciones accesorias, las cuales se dividen segun que se refieren, *a)* al pasado ó al presente, ó *b)* al porvenir.

La condicion de la primera clase *(conditio in praesens vel in praeteritum collata)*, tiene ciertamente efectos jurídicos, pero se distingue de la condicion en el más estrecho sentido, por cuanto se decide inmediatamente la existencia ó la nulidad de la relacion jurídica que se hace depender de ella, no cabiendo, pues, incertidumbre alguna objetiva; si bien subjetivamente, la relacion todavia no existe para una ó para ambas personas interesadas; v. gr., cuando yo prometo á otro darle cien florines, si á la muerte de mi tio recojo la herencia. Pero aun en estas condiciones debe hacerse, á pesar de que usualmente se olvida, la distincion entre las lícitas y las ilícitas, de la cual depende la eficacia de la relacion.

§. 15.—Exámen especial de las determinaciones accesorias, ó sea, de la condicion, el tiempo y el señalamiento de fin.

I. *Condicion.*—La condicion en estricto sentido, ó sea como co-determinacion ó determinacion accesoria, es la su-

(1) V. p. 89.

posicion de una circunstancia venidera é incierta, de la cual la voluntad del agente hace depender la existencia en todo ó en parte de un negocio jurídico ó de su contenido. Las clases de condiciones son las siguientes:

A. Por respecto á la *existencia* del negocio, es la condicion *suspensiva* ó *resolutoria*, segun que depende de ella el comienzo ó la terminacion de un derecho. En el *cumplimiento* de la condicion vale en el derecho romano la regla (que sin embargo el derecho prusiano rechaza) de que los efectos de dicho cumplimiento se retrotraen al momento inicial del negocio *(conditio existens retrotrahitur ad initium negotii.)*

B. Por la *forma*, la condicion es *afirmativa* ó *negativa*, segun que el derecho depende de que se verifique ó no la circunstancia supuesta; sin que baste para decidir en estos casos la expresion del lenguaje, pues una condicion afirmativa puede expresarse negativamente y vice-versa.

C. Segun la *causa*, el cumplimiento es ó dependiente de la *voluntad* de aquel á quien se impone la condicion, ó de una *circunstancia* externa, ó de la cooperacion de esta circunstancia con la actividad del interesado; sobre lo cual descansa la division de las condiciones en *potestativas*, *casuales* y *mixtas (mixtae seu promiscuae)*. Los límites entre las primeras y las últimas son por lo comun difíciles de fijar. Sólo la condicion puramente negativa (v. gr., «si no te niegas á casarte con N.») puede concebirse como pura condicion potestativa. Por esto hay que atender principalmente á la intencion del que impone la condicion para saber si él dá la preponderancia á la voluntad ó al hecho.

D. Por el *modo* de existir (modalidad) son las condiciones *posibles* ó *imposibles*. La posibilidad y la imposibilidad pueden nacer de las leyes de la naturaleza ó las de la voluntad moral y jurídica; y se distinguen por esto, especialmente las condiciones, segun que su imposibilidad es física ó jurídica

(ya en sentido estricto, ya en el de inmoral), siendo en este caso ilícitas. Estas dos especies de condiciones imposibles son tan diversas en sí mismas como en sus efectos en el Derecho.

a) La condicion físicamente imposible no es condicion en realidad, por lo cual deberia invalidar todo el negocio, si bien son diversas las decisiones de las legislaciones positivas: en el derecho romano se la iguala con la jurídicamente imposible.

b) La condicion ilícita *(conditio turpis)* es verdadera condicion, pues se refiere á actos inciertos, que si es verdad que no pueden proyectarse conforme á las leyes morales y jurídicas, pueden acontecer, sin embargo. Para apreciar los efectos jurídicos de estas condiciones importa:

α) Exponer los principios que sirven de norma así en el derecho romano como en los modernos. Estos principios son: 1.° Nada objetivamente malo ó injusto en sí mismo debe favorecerse por una condicion de esta clase; 2.° Tampoco cabe favorecer ninguna inmoralidad subjetiva. La consideracion de los efectos que pueden nacer de una condicion, debe siempre decidir, atendiendo á los casos individuales y relaciones particulares de la vida. Condiciones completamente ilícitas son, en el derecho romano, v. gr., las del celibato, el divorcio, la sumision del consentimiento para contraer matrimonio al arbitrio de un tercero y, segun la opinion casi unánime de los modernos, la del cambio (y claro es que la del no cambio tambien) de religion. Por el contrario, se admite que uno se comprometa, por medio de contrato, á pagar una multa (1) en el caso de que él realice la condicion ilícita (penas convencionales).

(1) Entre los cuatro principales casos posibles, á saber: 1.° Te prometo 100 florines si infieres una injuria á N.; 2.° Te los prometo si no la infieres; 3.° Me la prometes tú si no la infieres, y 4.° Me la prometes si la infieres, sólo el último es admisible como pena convencional.

β) Conviene hacer con el derecho romano una distincion en punto á las condiciones lícitas, segun que se ponen en los contratos ó en los testamentos. En Roma, dichas condiciones invalidan los contratos, pero se tienen por no puestas en las últimas voluntades, cuyas disposiciones conservan su vigor, no por un *favor testamentorum,* sino porque en el un caso, ambas partes querian la cosa ilícita, y en el otro, sólo el testador. Las legislacioues modernas han aceptado el principio romano para los contratos; pero en cuanto á los testamentos, han establecido en parte otras prescripciones. Así, el Código francés sigue enteramente al derecho romano, el *Landrecht* prusiano adopta un término medio, teniendo por no puesta la condicion ilícita é invalidando, por el contrario, hasta el testamento que lleve la condicion físicamente imposible; y el Código civil austriaco declara nulas las instituciones de heredero y los legados que lleven condiciones imposibles, ya física, ya jurídicamente.

Las cuatro especies indicadas de condiciones pueden combinarse entre sí en todas las formas capitales (1).

II. *Determinacion del tiempo* (lapso, *dies).*—Las relaciones jurídicas pueden depender de un señalamiento de tiempo en dos sentidos; ya comenzando desde un determinado momento *(dies* ó *terminus à quo),* ó debiendo disolverse cuando aquel llega *(dies* ó *terminus ad quem).* El primero, se llama término inicial, y el segundo, término final.—La distincion esencial entre este elemento y la condicion, se halla en que la condicion se refiere á un acontecimiento incierto, y el dia á uno cierto.

III. *Determinacion del fin (modus).*—El modo es aquella determinacion accesoria mediante la cual aquel que dá una

(1) Savigny, *Sist. del Der. rom. act. (System d. h. r. R.,* t. III, p. 151), y Böcking, *Pandectas,* p. 393, presentan cuadros de diversas combinaciones.

cosa impone al que la recibe la obligacion de aplicarla en todo ó en parte á un cierto fin. Por regla general, el provecho de quien recibe la cosa es el único ó el principal objeto á que se aspira, apareciendo, pues, el modo, en estricto sentido, sólo en los actos de liberalidad; mientras que en los negocios onerosos constituye una parte de las determinaciones capitales del contrato. El modo tiene algo de comun con la condicion y un mismo intento puede muchas veces lograrse en ambas formas, pero se distinguen en que aquel jamás suspende, ni impide, por tanto, la adquisicion ni la validez del Derecho. Cabe, sin embargo, exigir caucion de su cumplimiento y reclamarse éste, ó bien, en el caso de quedar resueltamente sin cumplir, la prestacion de intereses y aun la restitucion de la cosa dada *sub modo*. En caso de duda sobre si lo impuesto es modo ó condicion, se debe admitir lo primero.

§. 16.—De la declaracion de voluntad y sus diversas formas.

«Ni la voluntad por sí sola, dice Puchta (1), ni la declaracion por sí sola constituye el negocio jurídico, sino sólo la voluntad que se declara, la declaracion que corresponde á la voluntad: de aquí la exigencia de la conformidad entre ambas.» Esta conformidad puede faltar con intencion ó sin ella. Lo primero cuando se intenta realizar otro negocio que el que dá á conocer la forma en que la voluntad se expresa: la simulacion es el caso más importante de este género. Aquí se aplica la regla de *«plus valere quod agitur, quam quod simulatè concipitur»* esto es, que no vale el negocio aparentemente concluido (simulado), sino el otro, con tal que existan sus requisitos y no esté prohibido.—Sin intencion puede

(1) Lecciones sobre el derecho romano actual. (*Vorles. über das heut. röm. R.*, t. I, §. 65.)

faltar la conformidad principalmente por error; *a)* sobre la persona, *b)* sobre el objeto, *c)* sobre el negocio mismo. Las declaraciones de voluntad y los negocios jurídicos que en ellas descansan se dividen, ante todo, en sencillas y solemnes (1).

Sencillas son aquellas que se realizan sin determinada forma externa, meramente por palabras halladas ó escritas, por signos (v. gr., extender la mano, inclinar y mover la cabeza), ó por medio de actos concluyentes. Aun el simple silencio puede significar consentimiento; pero sólo cuando las circunstancias obligaran á contradecir lo que se afirma. En los demás casos, es falsa la conocida regla de «quien calla otorga» *(qui tacet consentire videtur)*.

Las declaraciones formales de voluntad y sus negocios jurídicos, descansan en documentos escritos, frecuentemente redactados con la cooperacion de un oficial público, notario ó juez, en palabras solemnes, en rogacion de testigos y en prestaciones de hecho. «Dichas formas pueden tener por fin, como Puchta (2) tambien dice: 1) poner fuera de duda la certeza de la voluntad, garantizar la fidelidad de la declaracion; 2) impedir todo lo más posible influencias injustas; 3) hacer constar la existencia; 4) asegurar la certeza para lo por venir.»

1. Las formas escritas (3), las más recientes de todas, están prescritas por las legislaciones modernas para uno ú otro de los fines expresados. Todo el derecho de cambio descansa en el supuesto de un documento escrito. Las hipotecas

(1) El autor dice *formlose* y *förmliche* y tambien *formelle*, esto es, *informales* y *formales*; pero, presentando oscuridad la primera de estas palabras, parece mejor sustituirles las de "simples y solemnes."—(*N. T.*)

(2) *O. c.*, §. 64.

(3) Sobre estas formas, V. especialmente á Blüme, *Enciclopedia*, etcétera, p. 61, y el *Derecho natural (Naturr.)* de Röder, §. 103.

y los testamentos necesitan formas escritas en la mayor parte de los casos, y se ha formado una rama especial de la jurisdiccion, llamada voluntaria, para reducir á escrito negocios jurídicos por medio del notario y el juez.—El Código civil austriaco prescribe estas formas en pocos casos, permitiendo, así en las últimas voluntades, como en los contratos, la libre eleccion entr e aquellas y las formas orales (1), excepto para la donacion, en la cual sólo la escritura dá accion (2); mientras que, por el contrario, el *Landrecht* prusiano exige se reduzca á escritura todo contrato que verse sobre más de 20 thalers.

2. Las palabras solemnes se presentaban, especialmente en Roma, en la forma de la estipulacion; en los derechos modernos, pertenecen á este órden, en particular, el sí de la celebracion del matrimonio, el voto religioso y el juramento. Este último puede ser puramente afirmativo *(juramentum assertorium)*, cuando sólo concierne á un hecho ya verificado y promisorio *(j. promissorium)*, si se refiere á hechos futuros de la persona que lo presta.

3. Los testigos se requieren en muchos actos jurídicos, v. gr., en la celebracion del matrimonio y en la mayor parte de los testamentos.

4. El cumplimiento efectivo, parcial ó unilateral, se considera como una forma obligatoria en los diversos contratos. A este órden pertenecen hoy las arras, conocidas tambien en el derecho romano. Pero las más veces se permite la rescision del contrato cuando se quieren perder las cosas dadas en arras ó restituir el doble por vía de multa.

La interpretacion de las declaraciones de voluntad y de los negocios á que se refieren, descansa en general en los mismos principios que la de la ley. Se divide tambien en

(1) V. §§. 577, 883 y 943.
(2) V. §. 943.

auténtica y *doctrinal:* la primera es la que dá el agente mismo, ó en los negocios de obligaciones bilaterales (onerosos), ambas partes de comun acuerdo sobre el sentido de la declaracion. En la doctrinal (gramatical y lógica) se deben observar las siguientes reglas: 1) preferir aquel sentido que declara válido al contrato y es conforme á las leyes; 2) y que asegura aquel resultado que mejor corresponde á la naturaleza del negocio; 3) en las obligaciones unilaterales se debe entender siempre el negocio en el sentido de restringir más bien que de ampliar la obligacion.

CAPÍTULO III.

DEL FUNDAMENTO JURÍDICO Y DE LA RELACION DE ÉSTE CON LAS CAUSAS ORIGINARIAS Y MODOS DE ADQUIRIR EL DERECHO.

§. 17.—Del fundamento jurídico.

Hasta ahora, hemos considerado las relaciones jurídicas en su orígen y terminacion. Pero tambien debemos tener en cuenta su existencia objetiva en el órden jurídico. Esto nos conduce al concepto de fundamento jurídico ó razon de Derecho. Este concepto apenas ha sido hasta hoy explicado en la ciencia (como acontece con el concepto de *causa* (1) en el derecho romano), habiéndosele confundido con los de causa, fin é intencion, de tal suerte, que las tentativas para comprenderlo y establecerlo con rigor, no siempre resulta en consonancia con la terminología que se ofrece en la ciencia y en el derecho positivo.

Fundamento de Derecho en general es aquella relacion

(1) Basta considerar en el derecho romano la *justa causa*, la *causa civilis contractuum*, la causa como motivo y como fin ó *causa turpis.*

objetiva biológica y jurídica, mediante la cual nace, como consecuencia, otra relacion de Derecho, aunque sea sólo en posibilidad y se realice bajo ciertos supuestos: en suma, aquella relacion jurídica, en la cual se halla contenida ó puesta otra como su consecuencia. Ya hemos visto que las relaciones de la vida son en último término el fundamento de las jurídicas. Ahora bien, estas mismas, á su vez, se refieren entre sí muchas veces como fundamento ó principio y consecuencia. Así, por una parte, las relaciones esenciales de la personalidad humana en su vida son el fundamento de los derechos absolutos y universales (innatos, como se dice) de las personas; los derechos adquiridos se fundan, á su vez, en uno de estos generales: v. gr., el derecho real, en la condicionalidad y dependencia de la persona respecto de las cosas; el derecho de obligaciones, en esa misma dependencia respecto de los actos y servicios agenos; y en ambas esferas los derechos individuales ó particulares tienen siempre su razon de ser en un derecho general. La propiedad, por ejemplo, lo es de la posesion, de la disposicion y del uso de la cosa. Todo negocio jurídico, considerado en su unidad y todeidad, es á su vez fundamento de las relaciones particulares que comprende: el comprador y el vendedor, por ejemplo, obtienen del fundamento jurídico de la compra-venta ciertas consecuencias, como el pago del precio y la entrega de la cosa. La relacion del fundamento á sus consecuencias, puede ser diversa: ya ideal y meramente posible, como se contiene, v. gr., en la propiedad la posesion; ya real, efectiva, en el tiempo y su série, cuando precede el fundamento *(causa praecedens)*, bien en un negocio, bien en un acto: por ejemplo, la entrega prévia de la cosa en los contratos reales como fundamento de la obligacion. Todo derecho y relacion jurídica descansa en un fundamento jurídico; y hay una série gradual de razones de derecho, en la cual, la inferior y par-

ticular descansa á su vez en una más general y superior, fundándose todo derecho, en último extremo, en el órden universal y divino de la vida.

§. 17. bis—De la relacion del fundamento jurídico con las causas originarías.

Del fundamento del Derecho debe distinguirse el de orígen de las relaciones, que más bien deberia llamarse causa. Las obligaciones se han dividido (1) con arreglo á esto, en obligaciones de negocios, de delitos y de estado. Toda obligacion, al tiempo que nace y mientras subsiste, se convierte, á su vez, en fundamento jurídico de las obligaciones particulares contenidas en ella. Ahora bien, es frecuente considerar la causa como fundamento jurídico asimismo; pero éste es siempre algo objetivo, cuya existencia no tiene relacion inmediata con los motivos ó razones subjetivas que contribuyen á determinar el orígen (2). Hay venta, y puede ser fundamento de la prescripcion, cuando el vendedor ha entregado por error una cosa agena. En las relaciones de obligacion, pueden, sin embargo, distinguirse la causa y el fundamento sólo idealmente, pero no de una manera externa, á diferencia de lo que acontece en el derecho de cosas, en el cual, existiendo relaciones exteriores de una persona con una cosa, ya individual, ya comun, y tratándose juntamente de someter ésta al poder de aquella, los códigos modernos (el prusiano y el austriaco, pero no el francés), además del fundamento para adquirir un derecho real, que en un negocio jurídico, ó en la ley, ó en sentencia judicial puede nacer, exigen todavia un acto de adquisicion *(modus ad-*

(1) V. §. 9.
(2) V. §. 12.

quirendi) para que la relacion de poder, que en el derecho real se contiene, se haga tambien exteriormente efectiva y, lo que no importa ménos, notoria para otros. La distincion entre el *titulus* y el *modus adquirendi*, distincion que tambien en otro tiempo admitió el derecho romano, si bien, como ha mostrado Hugo, no alcanzó aplicacion general, tiene en sí razon científica, así como grande importancia práctica (1). Por regla general, en el fundamento jurídico hay un

(1) El título y el modo son, segun Zachariae, la causa jurídica, que es la adquisicion legal, y el hecho por cuya virtud se consuma; ó segun Heinecio, la causa próxima y la causa remota, pues con la segunda sólo se puede adquirir el *jus ad rem*, mientras que el primero, el modo, es, segun Thibaut, el acto circunstancial que completa la adquisicion de la propiedad; ó, segun Höpfner, el fundamento legal (título) y la forma (modo) en cuya virtud se trasfiere el derecho real. De aquí resulta, en derecho romano, la necesidad de que intervengan ambas cosas para la traslacion de la propiedad, como lo expresan estos dos conocidos principios: *nunquam nuda traditio transfert dominium, sed ita, si venditio aut aliena justa causa praecesserit, propter quam traditio sequeretur*; *traditionibus et usucapionibus dominia rerum, non nudis pactis transferuntur*; *quia non pactionibus sed traditionibus dominia rerum transferuntur*. Hé aquí la célebre teoría que, como han hecho notar algunos escritores modernos, descansa sobre una nocion inexacta de la *justa causa* y de la tradicion misma, y sobre una extension, más inexacta todavia, de estas nociones á los otros modos de adquirir, por lo cual es hoy generalmente rechazada por los intérpretes mismos del derecho romano *(a)*.

En primer lugar, la prueba de que no se funda la teoría en razones de carácter permanente, como la aducida por Laferrière al decir que corresponden el título y el modo á la voluntad y á la expresion de la voluntad, es que cuando se trata de la trasmision de los derechos *ad rem*, hay esos mismos dos elementos, y sin embargo, no se exigen tales requisitos. ¿Qué diferencia hay entre la enagenacion de un crédito y la enagenacion del dominio? ¿No son precisos en ambos casos, así la voluntad como una forma de expresion? ¿Qué duda cabe que no basta ese elemento interno, sino que es preciso que tenga su manifestacion al exterior? Pero lo característico de la teoría no es eso, y sí el predominio, como hace notar Ihering, de ese elemento externo que conduce á

(a) Como Hugo, Thibaut, Puchta, Wangerow, Pagenstecher.

contenido enlazado con la forma en que se encierra ó expre-

los romanos á lo que el mismo escritor llamaba *materialismo* y *formalismo*, y si exigieron la tradicion en esos casos, fué porque ella equivalia en un principio—respecto de las cosas *nec mancipi*, así como de las cosas todas del extranjero y aun de las que tenia el ciudadano romano en el *ager provincialis*—á la mancipacion *(a)*, y como precisamente á consecuencia del espíritu práctico, positivo y formalista de los romanos, la trasmision no era trasmision de derecho, sino de la cosa misma, en virtud de lo cual suponian que el enagenante se despojaba de su cosa, la abandonaba y el adquirente la tomaba *(manu capere)*, fueron conducidos á dar á la tradicion ese mismo valor y esa misma importancia. Pero siendo evidente que la tradicion por sí nada puede hacer, como salta á la vista, cuando es llevada á cabo por uno que no es dueño de la cosa, ó por uno que lo es, pero que no se propone trasmitirla, de aquí la exigencia de lo que se llamó *justa causa* ó título, que no significa sino el derecho y la intencion de trasmitir aquello que se entrega. Ahora bien, ¿es posible distinguir entre una y otra cosa en la forma que se hizo por los jurisconsultos romanos? ¿No es una abstraccion separar el título del modo, cuando, si la tradicion vale, es porque quien la verifica está facultado para hacerla y quiere hacerla?

Además, esta teoría, que en todo caso sólo tendria aplicacion á este modo particular de adquirir, á la tradicion, se ha pretendido extenderla á todos, y como respecto de algunos, es completamente imposible hacer tal distincion, que sólo es clara en los casos en que se trata de un título oneroso, como la venta ó la permuta; ó de uno lucrativo, como la donacion ó la dote, de ahí los esfuerzos de ingénio que han hecho los juristas para hallar esa distincion respecto de otros modos de adquirir; y así, por ejemplo, se ha dicho que en la prescripcion por largo tiempo, en la que no hay título de adquisicion, la posesion es á la vez título y modo por ministerio de la ley, y que en la apropiacion de una cosa *nullius* ó *derelicta*, el título es la máxima *res nullius cedit occupanti*, y la *adprehensio* el modo *(b)*. Y además, los juristas, despues de enumerar una larga série de títulos: *pro empto, pro legato, pro donato, pro soluto, pro dote, pro derelicto, pro permutato, pro transacto, pro adjudicato,* añaden: y todos los demás

(a) El mismo Laboulaye establece esta relacion entre la mancipacion y la tradicion.

(b) El Código austriaco, por ejemplo, despues de decir en términos precisos: "sin título y sin modo legal de adquirir no hay adquisicion posible de propiedad", añade: "en cuanto á la ocupacion de las *res nullius*, el título consiste en la libertad innata que tiene el hombre de tomar posesion de ellas, y el modo de adquirir en el hecho de la aprehension."

sa, pero excepcionalmente pueden separarse ambos elemen-

---

indicados en el *pro suo*. ¿Qué revelan estas contradicciones y sutilezas? Muestran que en verdad para la adquisicion del derecho de propiedad, como para la adquisicion de cualquiera otro derecho, son necesarios fondo y forma, causa y acto, principio y hecho, pero que no es esto una peculiaridad del derecho de propiedad. El fundamento, la causa, el principio, es la capacidad jurídica en general para adquirir, y la causa particular mediante la cual se realizan las condiciones jurídicas en la vida en cada caso; y el acto, es el hecho jurídico que no crea relacion alguna, pero que es ocasion del nacimiento, de la modificacion y de la extincion de los derechos. ¿Qué significa la afirmacion de que en el caso de la ocupacion es el título la máxima que arriba hemos citado, sino la capacidad nativa del hombre para llevar á cabo la apropiacion natural? Y ¿qué es en sí el modo, es decir, la ocupacion misma? Pues es el hecho en que el indivíduo concreta, realiza, determina esa capacidad que tiene de apropiarse los bienes que necesita para su vida.

En el caso de la tradicion, ¿qué otra cosa significa el título, sino el dominio que el trasmisor tiene, y del cual forma parte integrante la facultad de disponer, así como la capacidad en el adquirente para adquirir; y qué el modo, sino el contrato mismo, esto es, el hecho, el punto de conjuncion en que vienen á encontrarse los dos contrayentes al realizar y concretar la respectiva capacidad que tienen uno y otro? Lo cual quiere decir que son completamente indivisos estos dos elementos, y que el separarlos es una abstraccion que no puede llevar sino al formalismo á que condujo á los romanos.

Y no hay que confundir, como hace Laboulaye, esta cuestion con la de la necesidad de que sea pública la condicion de la propiedad, porque una cosa es la de resolver si para que nazca el *jus in re* es condicion esencial la tradicion, y otra, la de la conveniencia ó necesidad de que se hagan públicas todas las mutaciones de la propiedad, todas las trasformaciones que experimenta. Precisamente esta publicidad, base hoy del régimen hipotecario que se lleva á cabo por medio del Registro de la propiedad, nació de que la razon primera y fundamental de la distincion entre los derechos *in re* y *ad rem*, es la de ser en los unos el sujeto pasivo una persona determinada, y serlo, en los otros, todos; y para que todos respeten ese derecho, se hace precisa la publicidad del mismo, mientras que no hay semejante necesidad en el otro caso *(a)*.

(a) Hay que notar que Laboulaye publicó su libro en el año 1850, y que por la ley de 23 de Marzo de 1855 todos los actos de venta de inmuebles han de trascribirse en el Registro de la propiedad en Francia, sin lo cual no pueden hacerse valer contra

tos por voluntad de las partes, ya para sus fines individua-

Por lo demás, nada diremos de la aseveracion de Laboulaye al suponer que el Estado tiene un interés peculiar respecto de la propiedad, que no existe cuando se trata del derecho de obligaciones, porque aparte de que no son ni fundamentales, ni constantes, ni universales esas relaciones entre la propiedad y los derechos políticos, para comprender lo aventurado de semejante afirmacion, basta atender á la importancia que ha adquirido en nuestros tiempos la riqueza que consiste en valores pendientes de obligacion, como créditos, etc., así como es un error manifiesto decir que el derecho de obligaciones sólo alcanza un valor individual que no interesa á los terceros á quienes no concierne la obligacion, puesto que ahí está para demostrar lo contrario la solidaridad de la vida económica, en cuya virtud la quiebra de una casa de comercio de Nueva-York deja sentir sus efectos instantáneamente en Lóndres, Amsterdan y Barcelona.

Nada diremos tampoco del empeño de Laferrière en hacer arrancar esta distincion de la que establece entre el órden interno y el externo, entre la voluntad y la expresion, pues que, como ya hemos dicho, lejos de ser base de la diferencia entre la trasmision de unos y otros derechos, alcanza, por su misma generalidad, así á la propiedad como á las obligaciones. Porque no se trata de ese dualismo que se encuentra en toda trasmision de derecho, sino de aquella peculiaridad en cuya virtud los romanos aplicaban esta teoría del *título* y del *modo* sólo á la adquision de los derechos reales, pues que la cuestion queda reducida á estos términos concretos: ¿Hay una diferencia esencial entre la trasmision de un crédito y la de una finca? Y aún puede precisarse más el ejemplo, diciendo: ¿La hay entre un crédito simple y sencillo y un crédito hipotecario? Es evidente que sólo por el contrato se trasfiere el crédito en uno y otro caso. Pero se dice: es que no es lo mismo cuando se trata de la finca, porque ésta es ya una cosa corporal y en ella cabe la entrega ó tradicion que no es posible respecto de la hipoteca. En esto se ve el orígen del error de los romanos, el cual, si consiste, de una parte, en el valor singularísimo que dan al elemento exterior del Derecho, junto con el que atribuyen á las for-

tercero; así que parece realizado el anuncio hecho por el ilustre publicista. Pero nótese que si bien parece, como dice Laferrière, que atendiendo al interés de los terceros se ha vuelto al principio romano con esta ley sobre la transcripcion, sólo con tomar en cuenta esa misma circunstancia, que ha motivado el que se llame á la ley Hipotecaria moderna *ley de tercería*, queda desvirtuado esencialmente el principio romano: puesto que, en tanto no aparece el tercero, dicho se está que rige el principio del Código Napoleon, segun el cual, se trasfiere la propiedad sólo por virtud de la obligacion.

les, ya para un fin social, y considerarse la forma en sí misma como fundamento, del cual se derivan otras relaciones jurídicas, segun veremos al tratar de los contratos formales (1).

CAPÍTULO IV.

INFORMACION DE LAS RELACIONES JURÍDICAS EN EL ESPACIO Y EL TIEMPO.

§. 18.—En el espacio.

Los actos de voluntad y las relaciones de derecho aparecen como todas las cosas humanas en la forma del tiempo y del espacio, formas que no fundan, sino determinan y modifican tan sólo y en ciertos respectos aquellas relaciones cuya verdadera razon se halla siempre en una esfera más profunda.

1) Las relaciones de espacio tienen importancia jurídica especialmente: *a)* á causa del domicilio, que debe distinguirse del lugar de residencia en que se establece una persona durante algun tiempo, pero sin intencion de vivir allí permanentemente, así como de la localidad donde uno se halla por mero accidente (2); *b)* y por la presencia y ausencia, en particular para los contratos y la prescripcion.

§. 18. bis—En el tiempo.

2) Las relaciones de tiempo ejercen un influjo mayor, aún sobre las jurídicas, las cuales tampoco se fundan, sin

---

malidades, puesto que no hay que olvidar que la *tradicion* no valia para ellos por lo que es en sí, sino por lo que tenia de formularia, al modo, aunque en menor grado, que la mancipacion, nace, de otra, de la confusion que hacian entre la cosa y el derecho.—(A.)

(1) V. §. 42, B.

(2) Corresponde á nuestros transeuntes.—(*N. T.*)

embargo, en aquel (segun el conocido y exacto adagio: *quamquam nihil ex tempore fit, tamen nihil nisi in tempore fit)*, sino que en él nacen, se desenvuelven y cesan. Es un principio general que los derechos y las obligaciones han de realizarse á su debido tiempo, é importa, á causa de las consecuencias que puedan sobrevenir (v. gr., la prescripcion), que se realicen temporalmente (en el tiempo). Toda conducta en contrario cae bajo el concepto general de la *negligencia*, la cual es de tres clases:

a) La negligencia injusta en el cumplimiento de una obligacion jurídica se llama *mora* y puede tener lugar, tanto por parte del acreedor *(mora accipiendi)*, como del deudor *(mora solvendi)*.

b) La negligencia en hacer valer un derecho ante los tribunales, y por tanto el de demandar, tiene por consecuencia la prescripcion de la accion *(temporalis praescriptio)*.

c) La negligencia en el ejercicio de los derechos reales, por una de las partes, y su ejercicio mediante hechos, por la otra, trae consigo en ciertas condiciones, por una parte, la pérdida, y por otra, la adquisicion de un derecho, mediante la prescripcion extintiva y la adquisitiva, llamada tambien usucapion.—En el concepto de la adquisicion se comprenden frecuentemente, tanto la prescripcion de las acciones como la usucapion; pero estas especies deben distinguirse exactamente en la idea y en el nombre (1).

Se ha designado como una especie particular de prescripcion la llamada *inmemorial*, que nada tiene de comun, sin embargo, con las especies que acabamos de indicar. En efec-

(1) PUCHTA dice en sus *Lecciones (Vorless*, §. 73): "Se ha tratado la prescripcion como una verdadera institucion de Derecho, no siendo en realidad más que un nombre colectivo y arbitrario para instituciones totalmente diversas."

to, ella no eleva á estado de derecho un estado que hasta entonces era sólo de hecho, sino que viene exclusivamente á ocupar el lugar de la prueba de que la situacion que se discute habia comenzado en virtud de un título jurídico y que, por lo tanto, habia existido hasta entonces con carácter jurídico. Así es que, para esta prescripcion, no se exije, ni justo título, ni buena fé. Las legislaciones modernas no reconocen la prescripcion inmemorial.

CAPÍTULO V.

DE LA PROTECCION DE LOS DERECHOS.

§. 19.—Principio general.

Los derechos que subsisten por sí mismos, necesitan ser tambien amparados en su ejercicio contra toda infraccion, ya meramente *posible,* ya *efectiva.* Para la primera clase, se dan en el derecho cauciones, bien por medio de negocios privados (hipoteca, fianza), bien por medio de disposiciones judiciales *(missio in possessionem,* arresto, embargo).— Las infracciones efectivas se remedian por las acciones que deben interponerse ante los tribunales.

§. 19. bis—De las acciones en particular.

1. *La accion en general.*—Accion es el medio de perseguir sustantivamente un derecho ante los tribunales. La facultad de interponer este recurso, constituye derecho de intentar la accion (1). En la accion y su derecho correspondiente, hay que distinguir: *a)* el *fundamento* que radica en el

(1) En aleman *Klagerecht,* literalmente derecho de accion, facultad de interponerla, derecho de demandar.—(*N. T.*)

derecho mismo á que la accion se refiere y que ha de ser defendido por ella; *b)* la *ocasion*, que consiste en la infraccion de aquel derecho por el demandado, mediante un delito, impidiendo su ejercicio, como tambien puede consistir en una contienda ó cuestion de derecho, debiendo advertirse que el hecho que sirve de ocasion á la accion, la produce en el acto, hablando en estricto sentido *(actio nata)*; *c)* el objeto ó *fin* de la accion, ó sea, en general, la proteccion del derecho, la supresion del hecho que lo infringe y el reconocimiento efectivo de aquel; por respecto á este objeto, se dividen las acciones en 1) *prejudiciales*, referentes al estado jurídico de una persona y, en particular, á sus relaciones de familia; 2) *reales*, referentes á los derechos de igual especie; 3) *personales*, que se dan para las pretensiones fundadas en una obligacion.

2. *Procedimiento.*—El procedimiento ante el tribunal, en las cuestiones civiles, incluye como momentos capitales: *a)* el establecimiento de los puntos litigiosos entre las partes *(status causae et controversiae)* por medio de la demanda, de la contestacion, esto es, de la alegacion de aquellos hechos y circunstancias que destruyen en todo ó en parte la eficacia jurídica de la demanda; por la réplica, opuesta por el demandante á la contestacion con el mismo fin; por la dúplica, que intenta desvirtuar á su vez la réplica, etc.; *b)* la investigacion de la verdad de las afirmaciones alegadas por las partes para fundar su pretension á que se les reconozca un derecho ó se desvirtúen las de la parte contraria (período de prueba); *c)* la sentencia, que se funda sobre los resultados de esta investigacion; *d)* la ejecucion de la sentencia en el caso de que no se cumpla voluntariamente.

3. *Extincion de las acciones.*—Cuando cesa el derecho mismo, cesa tambien naturalmente la accion; pero ésta puede tambien cesar independientemente de aquel, ya sea que

el derecho continúe (como *naturalis obligatio*), careciendo sólo de la proteccion en que la accion consiste, ya que el derecho se extinga mediatamente con la accion.

El modo más importante de extinguirse las acciones, es la prescripcion.

á) La prescripcion de la accion, consiste en su extincion por negligencia en su interposicion dentro del tiempo que le estaba asignado por el derecho; con pocas excepciones, todas las acciones prescriben, por cuanto el retraso en el plazo de su interposicion, pondria siempre en peligro la seguridad y la justicia de la sentencia judicial. En la prescripcion de las acciones deben considerarse especialmente las condiciones, el tiempo y los efectos.

α) Las *condiciones* para la prescripcion de las acciones son: 1) Una *actio nata*, esto es, que se necesita que se haya verificado la ocasion de la accion *(actioni nondum nata non currit praescriptio)*; 2) la continuidad de la prescripcion, la cual se rompe por la interposicion eficaz de la accion á que ha de seguir la citacion del demandado; 3) la precision de que el tiempo haya trascurrido por completo, no espirando la accion sino al trascurrir el último dia; si bien en varios casos no se cuenta el tiempo, como el que corresponde á la demanda de un menor, ó aquel en el cual han existido ciertos impedimentos jurídicos para que la accion se interpusiese *(agere non valenti non currit praescriptio)*. La *mala fides* de aquel á quien favorece la prescripcion, no es obstáculo á ésta, segun el derecho romano, aun tratándose de acciones reales; pero el canónico, y á su ejemplo el derecho comun, exigen en el último caso la *bóna fides*, por haber confundido la usucapion y la prescripcion en las acciones reales.

β) El *plazo* de la prescripcion es, por lo regular, de 30 años. Algunas acciones tienen, sin embargo, ya una duracion mayor (40 años), como las otorgadas á las iglesias ó

fundaciones piadosas, y las interpuestas sin que el proceso haya llegado á terminar, ya una menor, v. gr., las acciones de injurias.

γ) La *eficacia* de la prescripcion es, en cuanto á la forma, la posibilidad de oponer á la accion una excepcion; en punto á la eficacia material, la opinion verdadera segun el derecho comun y la mayoria de los escritores autorizados, es que la accion, no el derecho mismo, es lo que se extingue, de suerte que subsiste una *naturalis obligatio* con su validez propia; principio admitido tambien por el Código austriaco (1), que no permite reclamar la devolucion del pago de una deuda prescrita.

CAPÍTULO VI.

DE LA POSESION (2).

§. 20.—Idea, requisitos y esfera de la posesion (3).

El concepto de la posesion, es sabido que tiene importancia, no sólo en el derecho privado, sino tambien en el públi-

(1) V. §. 1.432.

(2) Sobre la posesion véase la obra clásica de SAVIGNY, el *Derecho de posesion (Das Recht des Besitzes*, 6.ª ed., 1837); y por respecto al derecho canónico y germánico, á la práctica usual y á los códigos modernos, el libro, tan excelente en la parte de derecho positivo como en la concepcion filosófico-jurídica, de BRUNS, *el Derecho de posesion en la Edad Media y la actualidad (Das Recht des Besitzes im Mittelalter und ind der Gegenwart*, 1848).

(3) El libro de Savigny se ha traducido al francés por Julio Beving. Bruselas, 1840, y al español. Madrid, 1845.

Forma con la doctrina de Savigny muy marcada antítesis el reciente libro de Ihering traducido al francés por V. de Meulenaere.—(*N. T.*)

co y el internacional. La Filosofía del Derecho (1) que debe mantener la unidad de los principios en todo el sistema jurídico, debe tambien reducir, hasta donde le sea posible, á unidad de concepto lo que el espíritu nacional significa en la lengua con una expresion. En la posesion, puede lograrse con todo rigor este fin.

(1) Históricamente, la nocion de la posesion se produce con motivo de la relacion de la propiedad. Estamos ya tan familiarizados con la distincion entre *propiedad* y *posesion*, que nos cuesta trabajo comprender que sea asunto tan difícil el investigar su verdadero orígen y su propia naturaleza. Claro es que la posesion, cuando se toma tan sólo en el sentido que etimológicamente tiene, como la mera tenencia física, la *detentio*, sin el propósito de hacerla suya, sin el *animum retinendi*; ó cuando se entiende por ella la que es consecuencia del dominio en cuanto es el primero de los derechos particulares que lo integran, esto es, el *jus possidendi*, no ofrece ninguna dificultad ni origina ningun problema grave; pero cuando significa el derecho que lleva consigo la facultad de utilizar los interdictos, la dispensa del *onus probandi*, el *jus retentionis*, el derecho á la usucapion, el ejercicio de la accion *publiciana*, la percepcion de frutos, las ventajas que se derivan de la máxima *in pari causa conditio possidentis melior est*, etc., en una palabra, el *jus possessionis* con todas aquellas consecuencias y que lo constituyen en algo como semejante al dominio, la cuestion ya cambia completamente de aspecto.

Es una cosa fuera de duda que los términos *possessio, possidere, possessor*, no se referian en un principio en Roma, sino al *ager publicus*, y así se llamaban *possessiones* á las tierras, que en él disfrutaban los patricios, en oposicion á los nombres de *praedia, agri, fundi*, que se daban á aquellas otras en que el ciudadano romano tenia el dominio *ex jure quiritario*. Esto lo ha demostrado Niebuhr con una larga série de textos, recordados y aumentados por Savigny *(a)* y Giraud *(b)*. Ahora bien, los patricios tenian la mayor parte del *ager publicus*, por el cual pagaban una renta escasa y á veces nominal. Los romanos nunca los consideraron sino como meros *poseedores* de esas tierras, en cuanto el título de ese derecho era revocable á voluntad del Estado; pero ellos, haciendo valer el goce no interrumpido, en que las habian tenido, pretendian retenerlas contra cualquiera que se las disputara, resultando así frente á frente el derecho de la

(a) V. su *Tratado sobre la posesion*, Sec. 1.ª, 12.
(b) Lib. II, cap. II.

I. *Idea de la posesion.*—La importancia jurídica de la posesion radica indudablemente sólo en su distincion del Derecho mismo considerado como norma objetiva de las relaciones. Pero el Derecho no tiene un aspecto objetivo únicamente, sino que es tambien subjetivo, merced á su enlace inmediato con una persona y su voluntad é intencion de hacer valer un derecho para sí en un objeto. Ahora bien, si este objeto se halla inmediatamente unido á la persona y pertenece al órden de aquellos en los cuales es posible un ejercicio repetido del Derecho, la persona *posee* este objeto en vista de un derecho. Esta posesion puede, sin embargo, tener lugar de dos modos, por respecto al derecho objetivo. Uno

---

ciudad que mantenia su dominio sobre el *ager publicus*, y para la cual el poseedor no era más que un detentador que tenia tan sólo el *usus*, la *possessio*; y el derecho que alegaban los patricios, fundándose en lo largo de esa posesion, en que al fin y al cabo ellos habian fecundizado esa tierra, la habian comprado, enagenado, trasmitido, que en ella estaba la tumba de sus padres; en una palabra, que realmente se habia convertido en una propiedad trasmisible por venta, por donacion y por sucesion. La oposicion que de aquí resulta entre el hecho y el derecho, favorable aquel á los patricios poseedores del *ager publicus*, favorable éste al Estado, á la ciudad, se resuelve trasformándose, como dice Giraud, en hecho legal el hecho que carecia de título y atribuyéndose á esta *posesion* consecuencias análogas á las que tenia cuando era efecto de un dominio verdadero. Todavia se encuentra en un fragmento de Paulo una aplicacion de las formas del antiguo derecho de *posesion* á las tierras de la Germania romana, situada á la derecha del Rhin; derecho antiguo que se mantuvo hasta el tiempo de Honorio y de Teodosio en que la posesion se convirtió en plena propiedad *(a)*; hecho que con frecuencia se repite en la historia. Ahora bien; el Pretor amparó el derecho de los *possessores* del *ager publicus*, mediante los interdictos, que vinieron á proteger la propiedad de éste del mismo modo que la reivindicacion protegia la del *ager privatus (b)* y lo que se creó primero para ampa-

(a) Giraud hace notar (libro II, cap. II) que esta constitucion de Honorio y Teodosio, se incluyó en el Código Teodosiano y no en el de Justiniano, porque en tiempo de éste ningun interés tenian las discusiones sobre este tema.

(b) V. el *Tratado* de Savigny. Sec. 1.ª, §. 12.

de ellos, cuando es y aparece como una emanacion y elemento constitutivo del derecho pleno y total: v. gr., el propietario, el dueño de una servidumbre, el acreedor pignoraticio, juntamente con su derecho tienen tambien una posesion que, como consecuencia de éste, carece de toda importancia particular en la teoría de la posesion propiamente dicha. El otro, cuando se hace valer la posesion como relacion jurídico subjetiva, mostrando el poseedor la *intencion* de atribuirse un derecho en el objeto, ora descanse dicha intencion sobre un fundamento real de derecho, ora tan sólo sobre la buena fé de que este fundamento existe, y aun sin lo uno ni lo otro. Esta relacion subjetiva expresada en la inten-

---

rar las posesiones del *ager publicus*, más tarde se aplicó tambien al *ager privatus*, naciendo así esa distincion entre la propiedad y la posesion con que hoy estamos tan familiarizados, y nació la distincion porque si bien es verdad que en un principio los dueños del *ager privatus* no necesitaban de una proteccion especial, puesto que tenian el dominio *ex jure quiritario*, como las trasmisiones de este derecho estaban sometidas á fórmulas solemnes y difíciles, llegó un dia en que el propietario estimó más fácil el dejar intacta la cuestion de dominio, como hoy decimos, y utilizar tan sólo las acciones que le daba la posesion *(a)*. He aquí el orígen de toda la teoría sobre la posesion.

Giraud dice que en la historia de lo que ésta fué en los tiempos antiguos, se encuentra la clave del doble derecho de propiedad, el dominio *ex jure quiritario* y la propiedad *in bonis*. A nuestro juicio, esto no es exacto; son dos dualismos, el que hay entre las dos formas del dominio y el que hay entre la propiedad y la posesion, que tienen distinto orígen y responden á distintos fines. El primero nace de diferencias que recaen sobre el propietario, sobre la cosa apropiada y sobre el modo de adquirirla, y el Pretor, al amparar la llamada propiedad del derecho de gentes, la *in bonis*, la protege por medio de la accion *publiciana* que corresponde á lo que es *reivindicatio* respecto del dominio *ex jure quiritario*, mientras que en el segundo se trata de un derecho que nace de motivos independientes de la ciudadanía,

(a) Hace treinta años Inglaterra, para salir del laberinto de su sistema de acciones reales de dominio, cortó por lo sano, sustituyéndolo por otro de meras acciones posesorias. V. la analogía entre una y otra posesion en el *Ancient Law* de Maine, cap. VIII.

cion se protege tambien en la organizacion política, á lo ménos provisionalmente, hasta que se decida la cuestion de Derecho en pró ó en contra del poseedor, y aun en ciertos casos *(usucapion)* puede conducir al derecho mismo.

La razon de este amparo de la posesion como relacion, que inmediatamente sólo tiene un valor subjetivo, se halla en la significacion jurídica de la personalidad y de su lugar en el órden general del Derecho. Pues el Estado tiene que reconocer en cada persona la libertad de informar su vida jurídica, una esfera de libre actividad, como cada persona á su vez tiene que regular conforme á su voluntad sus relaciones y establecerlas en la debida subordinacion al derecho objetivo: por donde el Estado ha de *suponer* (segun el principio ético jurídico, *quilibet praesumitur bonus ac justus donec probetur contrarium)* que todo aquel que se halla en posesion notoria, se halla tambien en la justa relacion con el derecho objetivo. La personalidad, en su libre accion dentro del Derecho, es una base de este órden, por lo cual debe protegérsela en su relacion inmediata con un objeto jurídico.

Esta opinion é intencion subjetiva de un derecho, no sólo ha de valer en la esfera privada, sino tambien en muchas relaciones políticas, tratándose del ejercicio de un derecho por parte de una persona individual ó moral; y el órden y

del suelo romano y de los modos de adquirir, y que se ampara por medio de los *interdictos*. Así que, recouociendo que hay grande analogia entre una y otra cosa y que ambas tienen de comun el ser ficciones empleadas por el Pretor para satisfacer las nuevas exigencias de la vida social, sin destruir los principios fundamentales del derecho civil de Roma, prueba de que son cosas diferentes, es que al paso que la distincion entre el dominio *quiritario* y el *bonitario* fué borrándose hasta desaparecer por completo en tiempo de Justiniano, pues que ya entonces ni siquiera se habla de ella, la distincion entre la *propiedad* y la *posesion* no sólo subsistió, sino que continúa y continuará constante y perpétuamente, porque es esencial y no debida á meras circustancias históricas.—(A.)

marcha ordenada de la comunion del Estado exigen tambien en ciertos casos el mantenimiento provisional del estado posesorio hasta que se decida la cuestion de Derecho. Aun á aquel que usurpa el poder supremo, se aplica este mismo principio, pero necesitando legitimarse á su vez por medio de algun reconocimiento general interior ó exterior en alguna forma objetiva de Derecho (1). Por último, la toma y estado de posesion tienen tambien importancia en el derecho internacional, cuando una Potencia regula su relacion con una cosa, segun su opinion subjetiva, que sólo puede ordenarse de un modo objetivo por el reconocimiento de otras Potencias.—De esta suerte, la relacion jurídico-subjetiva de la posesion, penetra en todas las esferas del Derecho.

Segun estos principios, podemos juzgar lo que hay de

(1) La necesidad de asegurar la continuidad de la vida del Estado sin interrupcion alguna, es el principio á que obedece el reconocimiento de todo gobierno de hecho bajo ciertas condiciones, y su trasformacion en gobierno de derecho, tan luego como alcanza la legitimidad establecida en las formas constitucionales propias de cada Estado. Es este uno de los puntos de contacto más delicados entre el derecho político interno y el internacional. Las Potencias civilizadas deben considerar *tácitamente* al gobierno de hecho como tal gobierno, tan luego como lo requiere el curso de sus relaciones y de los derechos públicos; pero á su reconocimiento expreso, oficial y solemne, debe preceder el de la legitimacion por la Nacion misma mediante sus propias formas, v. gr., por un Parlamento, convocado por el poder de hecho. Estos principios no se cumplen todavia en la mayor parte de los casos, ya retrasando, ya adelantando el reconocimiento por intereses torpes ó egoistas, ó por cálculos miopes. En cuanto á qué deba entenderse por gobierno de hecho, cuestion especialmente grave en tiempos de revolucion ó de guerra civil, difieren grandemente las opiniones de los autores. Debe estimarse como completamente infundada la que exige la posesion de la capital del Estado: pues donde quiera que reside un poder que funciona normalmente en la mayor parte del territorio, allí debe reconocerse la existencia del gobierno de hecho. A análogos principios deben someterse otras cuestiones enlazadas con esta.—(*N. T.*)

verdad y de error en otros modos de razonar la posesion. Prescindiendo de las ideas antiguas, que consideraban la posesion como una propiedad provisional y los interdictos posesorios como vindicaciones provisionales tambien, ó que referian la proteccion jurídica de la posesion sólo al principio de derecho público de que á nadie es lícito en el Estado hacerse justicia por su mano, viene reinando desde la célebre obra de Savigny la teoría de que la posesion es un mero hecho, una relacion puramente de *facto*. Contra ella, aparte de las objeciones de Thibaut, ha hecho notar acertadamente Gans que todo derecho descansa en un hecho ó debe referirse á él, debiendo concebirse, pues, la posesion como un derecho, aunque relativo. Gans elevaba esta relatividad, sin embargo, siguiendo una errónea teoría jurídica de Hegel, á principio de todas las relaciones de Derecho. Savigny, por el contrario, pretendia hallar en la posesion la misma relacion de hecho que constituye la propiedad en el Derecho. Cierto es que él indicó cómo el fundamento del amparo de la posesion se halla en la personalidad; pero erró al ponerlo, no en su inmediata relacion con la cosa, sino en la inviolabilidad del *cuerpo*, concibiendo por esto la perturbacion de la posesion como un delito. Puchta, que en su concepcion subjetiva pone con error al lado del derecho de la personalidad, la posesion como un «derecho en la propia persona», ve tambien la razon de la proteccion posesoria en la inviolabilidad de la *voluntad*, que no sólo aparece en la posesion, sino tambien en otras relaciones jurídicas. Más cerca se halla de la verdad Stahl, que establece dicho fundamento en la inviolabilidad de la «relacion de hecho» que existe entre una persona y una cosa (1). Pero no es tanto el hecho (al cual sin duda se enlazan relaciones jurídicas, pero que jamás como tal es

(1) *Filosofía del Derecho (Rechtsphilosophie*, II, p. 405).

derecho ni llega á ser Derecho), sino la *voluntad*, como causa de las relaciones lo que ha de protejerse en su union jurídico-subjetiva con una cosa (1).

II. *Principales requisitos que nacen del concepto de la*

---

(1) ROEDER, *Principios de Derecho natural (Grundzüge des Naturrechts*, II, p. 250, etc., 1863), hace consistir la razon de la proteccion posesoria con todos sus beneficios en el derecho primario de la personalidad, que obliga á reputar intachable la conducta del poseedor, mientras no se le pruebe lo contrario, esto es, en el mismo principio: *quidlibet praesumitur justus*.—THIBAUT, ZACHARIAE y otros muchos conforman más ó ménos con Roeder y Ahrens en esta doctrina. —GÖNNER, en su libro *Sobre la Filosofía del Derecho positivo privado (Zür Philosophie des positiven Privatrechts*, 1827, p. 16) añade que, segun el curso natural de la vida, las cosas son poseidas por sus propietarios; siendo la proteccion posesoria proteccion, por tanto, de la que se presume propiedad.—BORNEMANN en su *Exposicion sistemática del Derecho civil prusiano (Systematische Darstellung des preussischen Civilrechts*, 2.ª ed., I, p. 488 y siguientes), contradice tambien las ideas de Savigny *(a)*.—La proteccion posesoria se funda en realidad en la presuncion de propiedad, por ser toda posesion un elemento integrante de la propiedad misma, de la cual por esto puede decir GOENNER que es un signo: pues el concepto de la posesion es el de la sumision de una condicion ó de un bien cualquiera (pertenezca ó no á la esfera económica, ó sea del llamado derecho de bienes), á la esfera de actividad del sujeto, que sólo de esta suerte puede aprovechar los medios que el objeto le presta para los fines racionales de su vida.—La proteccion posesoria es únicamente un caso particular de la doctrina de las presunciones jurídicas.—(*N. T.*)

(a) Ihering clasifica en su obra sobre esta institucion las numerosas teorías ideadas para explicar el fundamento de la posesion, del siguiente modo: I.—Teorías *relativas* que se fundan, no en la posesion misma, sino en otras instituciones ó consideraciones extrañas á la posesion: 1) en la necesidad de impedir la violencia; *a)* derecho privado que toca al poseedor: la perturbacion es un delito contra éste (Savigny), *b)* derecho público: aquella es un atentado contra el órden público (Rudorff); 2) nadie puede vencer á otro si no tiene motivo para alegar mejor derecho (Thibaut); 3) en el privilegio de la *irreprochabilidad*, en virtud del cual se debe admitir que el que puede tener un derecho á la posesion, lo tiene realmente (Röder); 4) en la propiedad; *a)* como propiedad probable ó posible (opinion antigua), *b)* como propiedad que comienza (Gans), *c)* como complemento necesario de la proteccion de la propiedad (Ihering). II.—Teorías *absolutas*, que consideran la posesion en sí misma y por sí misma y segun las cuales: 1) es la voluntad incorporada á la materia (Gans, Puchta); 2) sirve para el cumplimiento del destino universal del patrimonio (Stahl); su fin es conservar el estado de hecho en las cosas.—(A.)

posesion.—La posesion exige: 1) Posibilidad de la manifestacion inmediata de la voluntad de una persona por respecto á un objeto, y por tanto de su accion, poder ó dominio; 2) Voluntad ó intencion de ejercer en el objeto un derecho para uno mismo, por lo cual se distingue la posesion de la mera tenencia *(detentio)*, no pues porque la detencion sea una relacion meramente física y de hecho, toda vez que supone ya voluntad por respecto al objeto (como Bruns (1) ha mostrado claramente contra la doctrina usual), sino porque el poseedor detiene la cosa *para sí* en su propio nombre; 3) Posibilidad de ejercer con repeticion el derecho sobre aquel objeto, pues los derechos que se ejercitan por una sola vez, como los más de los que nacen del derecho de obligaciones, se extinguen en aquel punto y no requieren ulterior proteccion.

III. *Esfera del concepto de la posesion.*—Aplícase este concepto á toda clase de relaciones con tal que permitan un ejercicio repetido, por consiguiente: 1) A todos los derechos reales, á la propiedad en sus diversos modos, á las servidumbres y á los derechos de prenda é hipoteca; 2) En el derecho de obligaciones, á las de tracto contínuo, v. gr., rentas y alimentos; 3) En el derecho de personalidad y familia, á aquellos que se refieren al estado civil y cumplen aquella condicion de la permanencia del uso, v. gr., al carácter de un hijo con respecto á las personas consideradas hasta entonces como sus padres; si bien, cuando en estas relaciones personales, y más especialmente en las de familia, la proteccion posesoria no fuese justa en sí y pudiese infringir la moral, debe el juez modificarla por este respeto y aun negarla (2). A estas tres clases de relaciones se ha aplicado

(1) *Derecho de posesion (R. des Besitzes)*, p. 466.

(2) Bruns, *o. c.*, p. 496. La distincion habitual que admite tambien Bruns entre la posesion de *cosas* y la de *derechos* no es posible consi-

fundadamente, por la práctica al ménos, hasta el siglo XVIII, el concepto de la posesion así como por los tres códigos modernos (1), y todo intento de limitarla se estrellará siempre contra la concepcion jurídica que ha llegado á prevalecer hasta en el uso del lenguaje.

§. 20. bis—Clases de posesion.

La posesion se determina por el fin que en ella se persigue, bajo ciertas condiciones que ordenan las relaciones de conformidad con aquel. Nace de aquí el *derecho de posesion*; y pudiendo ser el fin doble ya limitado á la proteccion posesoria, ya más comprensivo, el de la usucapion, nacen de aquí dos modos principales de posesion, la posesion de proteccion ó de interdictos y la de usucapion, y dos clases diversas, derechos posesorios. Las condiciones que concurren en general en una y otra clase de derechos son: *a)* la falta de vicio (la «sinceridad» del Codigo autriaco); *b)* buena fé; y *c)* justo título. Frecuentemente se han visto en esas condiciones otras tantas especies de propiedad; pero excepcion hecha de la segunda en ciertas relaciones no tienen valor alguno por sí mismas, sino solo con respecto á los dos fines y modos indicados.

I.—La posesion que pretende meramente la proteccion interina, se halla con razon sometida á la condicion de ménos

---

derarla exacta: pues la posesion no se refiere á una cosa como tal, sino á una *relacion* jurídico-subjetiva con ella y para la cual se pide amparo. En la posesion de propiedad, segun tambien reconoce Bruns (p. 478) hay solo posesion del poder ó dominio sobre la cosa, como acontece tambien en las servidumbres, aunque limitadamente, y como en la posesion de obligaciones se ampara el poder (por seguir el dicho comun) sobre actos agenos.

(1) Alude el autor á los códigos francés, prusiano y austriaco.—(*N. T.*)

importancia, que es la falta de vicio, esto es, que el poseedor no haya llegado á la posesion por medio de la violencia, la astúcia ó de una manera oculta ó por el favor, *(vi, clam, precario)*, siendo, pues, la posesion sin vicio la única que dá derecho á la proteccion jurídica. Los medios de esta proteccion son los interdictos para mantenerla y recobrarla *(interdicta retinendae et recuperandae possessionis)*.

II.—La posesion para usucapir exige condiciones más rigorosas, á causa de la mayor amplitud del fin, pues que aquí la posesion debe llevar al derecho pleno. Dichas condiciones para la *usucapion ordinaria* son la buena fé, justo título y cierta duracion; en la extraordinaria, esta duracion es mayor y se prescinde del justo título, pero nunca de la buena fé, que el derecho romano exigia sólo para el comienzo de la posesion, mientras que el canónico y los códigos modernos, exceptuando el francés, la requieren por todo el tiempo que debe durar. La *bona fides* consiste en la conviccion, engendrada por razones verosímiles, de haber adquirido un derecho sobre el objeto; y el *justus titulus*, en un fundamento jurídico capaz de trasmitir el derecho, v. gr., la compra, la donacion, la herencia. Un poseedor puede, por tanto, tener justo titulo y carecer de buena fé; por ejemplo, el que compra á sabiendas una cosa robada es poseedor de mala fé, pero con el justo título de la compra-venta, y, por el contrario, se puede tener buena fé y faltar el justo título, como acontece al usufructuario que pretende extender su derecho más allá de los límites de su usufructo, creyendo que no los traspasa.

III.—A la buena fé del poseedor han enlazado las leyes, en más ó ménos extension, importantes consecuencias que se refieren á la relacion subjetiva del poseedor con la cosa y que suelen llamarse, por antonomasia, derechos particulares del poseedor de buena fé. Así, el Código austriaco (1) es-

(1) V. §. 329.

tablece que el poseedor de buena fé «puede ya, por sóla esta razon, usar, consumir y aun destruir (1) la cosa que posee, á su voluntad y sin responsabilidad alguna»; consecuencia que podria llamarse posesion útil de buena fé.

IV.—Consideremos estos modos de la posesion en las diversas esferas jurídicas á que pueden aplicarse, y de hecho se aplican, siguiendo los códigos modernos una concepcion más ámplia que la del derecho romano.

a) La posesion que dá lugar á interdictos, segun los tres códigos modernos, se ha de aplicar á toda clase de relaciones personales, reales y de obligaciones donde cabe un estado de posesion.

b) La posesion que produce usucapion debe limitarse, con los romanos, á los derechos reales (propiedad y *jura in re aliena)*, implicando una confusion de fines completamente diversos el intento de deducir, de la posesion que produce la mera proteccion, la usucapion introducida excepcionalmente por respecto á la seguridad del comercio de los bienes de fortuna. En las relaciones personales, pues, aun allí donde puede admitirse posesion, á causa de la repeticion de servicios (v. gr., en las rentas), debe excluirse la usucapion, contra lo que ordena el *Landrecht* prusiano.

c) La posesion útil, de buena fé puede aplicarse en todo el derecho de bienes.

V.—Para la proteccion de la posesion, por medio de las acciones posesorias (interdictos) se halla establecido tambien un procedimiento especial y sumario (el *possessorium)* por

(1) Del carácter jurídico *subjetivo* á que aluden las palabras «sin responsabilidad», nace la decision negativa de la cuestion sobre si los derechos de servidumbre, prenda é hipoteca, constituidos por el poseedor de buena fé en la cosa, tienen ó no eficacia contra el verdadero dueño despues de acabada la posesion: tambien el derecho romano la decide en el mismo sentido.

oposicion al *petitorium*. El derecho romano, que consideraba la posesion en sí abstractamente, prescindiendo de su relacion íntima con la propiedad y el derecho, distinguia tambien ambos procedimientos rigorosamente; la jurisprudencia alemana, por el contrario, apoyada en el derecho germano y el canónico, ha mantenido el vínculo de la posesion con el derecho objetivo, de donde resulta: *a)* que contra la accion posesoria se admite la contestacion líquida del derecho; *b)* que pueden combinarse el *possessorium* y el *petitorium*, en cuanto conducen al mismo fin.

Segun la teoría que acabamos de desenvolver, la posesion tiene su lugar en la parte general.

§. 20. ter—Observacion histórica sobre la teoría de la posesion (1).

El derecho romano es el primero que ha expuesto con rigor la distincion entre la posesion y el derecho con respecto á la propiedad. En primer término, limitó la posesion á las cosas corporales como objetos de propiedad, le dió luego una aplicacion por *analogía (quasi possessio)* en los derechos reales, á lo ménos indudablemente en las servidumbres. La aplicacion de la posesion á los derechos reales, así como la aparicion de una doble posesion con distintos fines, á saber: la posesion para usucapir del deudor hipotecario y de la posesion para interdictos del acreedor hipotecario ambas en una misma cosa, habria podido conducir á la jurisprudencia

(1) El autor pone todo este párrafo por nota; pero su importancia y la conexion directa que tiene con el asunto, parecen darle derecho á incluirlo en el texto, no siendo en realidad un simple escolio ó digresion. En general, la division en párrafos no es muy sistemática en el original, y á veces, como sucede en este capítulo, la hemos rectificado, sin introducir por esto variacion esencial alguna en las ideas del autor.—(*N. T.*)

romana á un concepto superior de la posesion, si no hubiera errado el camino por el fácil y cómodo expediente del *quasi*.

Al derecho canónico le estaba reservado el desarrollo más importante de este concepto. Primeramente aplicó la posesion de derechos á los episcopales: así aconteció en el Concilio VI de Cartago (419), es decir, en un tiempo en que no podia existir aún el influjo de las ideas del derecho germánico, contra lo que muchas veces se ha supuesto, en la teoría de la posesion. Una segunda extension de las acciones posesorias se introdujo por la *exceptio spolii*, especialmente introducida por las falsas decretales, pero que el decreto de Graciano, la glosa á éste y la práctica canónica redujeron al sencillo precepto de que quien pierde una cosa agena por una injusticia cualquiera cometida por otro pueda pedir siempre su restitucion absoluta. La *conditio*, que se sacó de aquí, combinó las ventajas de las diversas acciones romanas é hizo que se pudiera prescindir de ellas (1). Pero indebidamente se aplicó la posesion tambien á las relaciones de familia, v. gr., al matrimonio, en cuyas demandas se introdujo la distincion del *possessorium* y el *petitorium*, cuando sólo consideraciones superiores morales deberian haber servido de criterio. En las decretales de los siglos XII y XIII se desenvolvió especialmente la teoría de la posesion de los derechos, mientras se seguian en gran parte las huellas de los romanos en la posesion de la propiedad.

Sólo los glosadores restauraron verdaderamente la teoría romana de la posesion; pero el influjo del derecho canónico era visible en ella. En el siglo XIV establecieron los jurisconsultos italianos el principio de que en todos los *jura incorporali* en que fuese posible se admitiese la posesion y la proteccion posesoria, sin distinguir si pertenecian al derecho público ó al privado, al de personas ó al de bienes.

(1) Bruns, *o. c.*, p. 170.

El derecho germánico, en su concepto del *Gewere* (1), no habia distinguido tan exactamente entre la posesion y la relacion jurídica objetiva, admitiendo ya desde el principio una *Gewere* en los derechos. Esta última concepcion ejerció influjo en la teoría y la práctica de la Edad Media. El derecho comun vino á ser una mezcla de las ideas romanas, canónicas y germánicas. De él pasaron á los tres códigos modernos las teorías sobre posesion y proteccion posesoria, que todos ellos aplican no sólo á los derechos reales, sino tambien á las obligaciones y á los derechos personales.

La teoría de Savigny que los romanistas modernos intentaron introducir en la práctica, merced á la limitacion del concepto de la posesion, sin conseguir que la práctica se inclinara en este sentido, ha sido atacada de nuevo por la obra de Bruns. La tendencia análoga de algunos proyectos de códigos (los de Hesse y Sajonia) en pró de la limitacion de aquel concepto á los derechos reales dificilmente tendrá éxito, como contraria á la concepcion práctica de la vida, y á una sólida Filosofía del Derecho.

---

(1) V. t. II, p. 357, nota (2).—(*N. T.*)

PARTE ESPECIAL DEL DERECHO PRIVADO.

SECCION PRIMERA.

Derecho privado general.

PRIMERA DIVISION.

DERECHO GENERAL DE LAS PERSONAS.

Preliminar.

§. 21.—Del derecho de las personas, en general.

El derecho general de las personas abraza las relaciones jurídicas (derechos y obligaciones) que nacen de la naturaleza, estados y propiedades generales de la propiedad humana, tanto de la individual, como del todo de personas, determinado por un fin racional. El concepto de este derecho ha tenido muy varia suerte. Mientras que la jurisprudencia antigua aceptaba generalmente la existencia de este derecho, desarrollando el natural y haciendo que resaltase sobre todo el referente á la libertad, y mientras las nuevas legislaciones alemanas, el *Landrecht* prusiano y el Código civil austriaco, admitian derechos de personalidad (1), la mayoría de los romanistas modernos han desechado entera-

(1) El *Landrecht* prusiano no dá definicion alguna; el Cód. civ. austr., §. 15, designa como derechos de las personas algunos que en parte se refieren á las propiedades y relaciones personales, y en parte nacen de los vínculos de familia. El proyecto de Código civil sajon, que todavia hoy (á ejemplo del Cód. austr. §. 16) y prescindiendo de las modernas teorías de los romanistas modernos, dice en el §. 24 que

mente este concepto, pretendiendo considerar las relaciones que en él se comprenden como puras modificaciones de la capacidad jurídica (1). Pero aunque el derecho romano es sumamente inferior á la conciencia jurídica moderna, desarrollada por el Cristianismo y la cultura social, en cuanto á la concepcion de la personalidad y de los derechos que á ella se refieren, todavia es aquella pretension inferior al mismo derecho romano. En efecto, si este es principalmente un derecho de bienes y si ha determinado en cierto modo el carácter de la persona y su capacidad, más bien en este sentido, reconoce sin embargo, aun prescindiendo de la denominacion expresa de un *jus quod ad personas pertinet* y de *jus personarum*, derechos que de ningun modo se refieren al mero *status*. A este órden corresponden no sólo el derecho de la inviolabilidad corporal de la dignidad, del honor, sino tambien el derecho de la persona para manifestar libremente su actividad ó el de usar sus cosas, derechos todos que, como nacidos de una fuente comun, estaban protegidos, ade-

"todo hombre tiene derechos innatos y cognoscibles por la razon, debiendo considerársele, por esto, como una persona", declara en el §. 101 que "los derechos de las personas descansan en cualidades personales y en relaciones permanentes con otras personas."

(1) Tal es la opinion de UNGER, *o. c.*, p. 223: V., en contra de ella, la p. 70, nota. La division que en la p. 195, nota, he expuesto entre el derecho *general* de personalidad y el *especial de bienes*, que siempre corresponde á personas, parece á Unger (p. 225) "tan anticuada como falsa" (V. KOESTNER, *de defectibus juris communis probl.*, 7, y KREITTMAYER, *Observaciones—Anmerk.* II, p. 400). Fúndase para ello en creer que se confunde la razon de la division y se niega por completo la existencia de derechos generales de las personas. Ambos escritores, Koestner y Kreittmayer, me son desconocidos en lo que se refiere á este punto; pero Unger yerra. La existencia de un derecho general de las personas es tan antigua como que el Cristianismo y la civilizacion han reconocido á la personalidad humana derechos absolutos, universales y permanentes en toda clase de relacion (comp. tambien el §. 5.°, p. 67); sólo es nueva la perturbacion de la imágen en el espejo romanista.

cuadamente por medio de una accion igualmente comun, la *actio injuriarum* (1). Asimismo el *status civitatis* concedia

(1) En el título de *injuriis* D. 47, 10, de importancia para esta cuestion, se dice en el §. 1.º: *injuriam autem fieri, Labeo ait, aut re, aut verbis...* Y en el §. 2: *omnemque injuriam aut in corpus inferrit, aut ad dignitatem, aut ad infamiam pertinere*. V. tambien la l. 5 y la 25 D. 19, 1. Verdad es que UNGER opina (p. 497) que "si se quisiera considerar como un derecho concreto todo acto que es lícito ejecutar al hombre, se tendria que enumerar una série infinita (?) de facultades, que por lo demás carecerian de todo (?) interés práctico. Pero de que estas facultades ó derechos no sean tan innumerables como las arenas del mar, cuida precisamente la ciencia, cuya mision es siempre reducir lo individual á sus géneros; pues una ciencia no puede circunscribirse á la mera generalidad como aconteceria aquí con el derecho puramente general de la persona, ni á las meras particularidades, sino que ha de enlazar esta oposicion por medio de los géneros particulares. No otra cosa han hecho los jurisconsultos romanos, al reducir los modos del *jus* y de la *injuria* en los §§. 2 y 5 citados, á la *tutela corporis, dignitas, infamia* y *domus*. Unger tambien afirma que en las expresiones como "tener derecho á comprar aquí ó allá sus mercancías, á otorgar testamento, á casarse" el concepto Derecho se toma en un ámplio sentido no jurídico (?), en el cual indica toda licitud, todo permiso, no pudiéndose hablar sino muy impropiamente en estos casos de un derecho privado, por lo cual, aun los romanistas citados por él, como UNTERHOLZNER, HEISE, WENING, SCHILLING, que han visto el derecho romano, tal como es, y no á través del prisma moderno y admiten en estos casos verdaderos derechos privados especiales, merecen censura.

Pero, prescindiendo de que aquí inmediatamente sólo se trata de la existencia de derechos de personalidad, en cuanto deben estos servir de base comun al privado y al público, debe preguntarse qué ciencia debe entonces abrazar aquellos actos. Pues á ménos que Unger profese la doctrina estóica de las cosas ἀδιάφορα ó indiferentes, le queda sólo el elegir á cuál de estas dos ciencias prácticas, la Moral ó la del Derecho ha de asignarlas, ó si quizá á ambas juntamente. Pero en su manifestacion y relacion exteriores, pertenecen al Derecho y al derecho privado: por ser éste precisamente el que asegura de un modo predominante la propia determinacion y eleccion, incluyendo siempre por lo mismo una permision, una licitud en todas las partes: en el derecho de las personas, en el de las cosas y en el de las obligaciones. Hé aquí por qué es igualmente imposible relegar aquellos dere-

al romano importantes derechos (1) que se pueden considerar ciertamente como públicas, pero que pertenecian á la persona. El romano sabia demasiado que él no era un bárbaro sometido á un déspota oriental, para dejar de atribuir á su persona derechos á la libertad, la dignidad, el honor y la inviolabilidad de su cuerpo. Pero el Cristianismo ha comprendido en más alta esfera la personalidad y la libertad; y las legislaciones modernas la han reconocido fundamentalmente, por más que todavia estén por sacar consecuencias en parte más completas, en parte más rigorosas de esta concepcion.

Estas cualidades personales son objeto de pretensiones y obligaciones jurídicas en dos sentidos; por un lado, con respecto á la persona dotada de conciencia y voluntad, y por otro, con respecto á su accion y comercio recíprocos con otras personas. Bajo el primer punto de vista, las teorías de Derecho natural reinante, de acuerdo con la legislacion civil positiva, han negado que la persona pueda cometer injusticia contra sí misma, si bien contradiciéndose en el fondo: pues si se admite un derecho de la persona y su actividad voluntaria con referencia á sus propias fuerzas y miembros, deberia admitirse igualmente la posibilidad de que esa misma persona cometiese injusticia por sus propios hechos y con respecto al mencionado objeto. El derecho criminal se ha atenido tambien en este punto á los datos de la sana con-

---

chos á la esfera del derecho público, el cual está llamado á reconocerlos tambien, á protegerlos, y aun puede en parte limitarlos sin que por esto el fundamento jurídico radique en el Estado ó en un fin político, sino en la personalidad. Unger, que con tanta frecuencia moteja de oscuros á otros escritores, deberia haber comprendido aquí claramente la relacion, y como exige la ciencia, no cerrarse en generalidades ni en pormenores, sino hacer las divisiones exactas por medio de las convenientes distinciones.

(1) V. p. 162, nota (2), t. --.

ciencia y sentimiento jurídicos, reconociendo y penando la injusticia de la persona contra sí propia. Cierto es que la opinion reinante elude la dificultad apelando á la esfera de la moralidad y suponiendo que el Derecho penal puede castigar tambien los actos inmorales de una persona con respecto á sí misma; pero sólo un concepto demasiado estrecho del Derecho obliga á mezclar á éste con la moralidad en el órden penal, de un modo tan peligroso y sin determinar convenientemente sus límites. El concepto íntegro y pleno mantiene, por el contrario, la distincion entre ambos órdenes, sometiendo á juicio, en primer término, sólo el aspecto jurídico de una accion visible; mas admitiendo siempre la existencia de una injusticia, do quiera que se infringen las condiciones de la vida de una persona, sea por otras, sea por ella misma. La objecion de que en este último caso la persona seria al par sujeto y objeto de Derecho no tiene solidez alguna, pues está en el carácter de la personalidad humana ser juntamente sujeto y objeto en superior potencia y en diversos sentidos. Así como Leibnitz veia en la personalidad conscia una *reduplicatio existentiae,* este superior grado de la existencia y esta interna duplicidad se muestran lo mismo en el Derecho que en el juicio de la conciencia moral. La distincion de las relaciones en estas dos esferas prácticas, á partir de la conciencia teórica, se manifiesta en que, mientras aquí el objeto de la conciencia es la persona una y toda, en la moralidad, y todavia más determinadamente en el Derecho, jamás persona entera puede ser objeto, sino tan solo un *particular* aspecto de ella, una propiedad, un hecho. Pero en el mismo modo, como la persona puede ser ofendida injustamente por otros en estos respectos, cabe que ella tambien se ofenda á sí propia. El objeto es, pues, el mismo; solo el sujeto cambia, y la relacion es tambien doble: moral en los motivos, jurídica en su consideracion objetiva y ex-

terna y las pretensiones y obligaciones se hallan igualmente en idéntica relacion del sujeto como agente voluntario con el objeto.

Así se hallan reunidos todos los elementos del Derecho, mas debiendo reconocer éste á todos los círculos de la personalidad una esfera de libre accion, en la cual para nada tiene que intervenir el poder central del Estado, ni por los tribunales, ni por la Administracion; muchas de las injusticias que una persona comete contra sí misma, tienen que quedar sometidas exclusivamente á su conciencia moral y jurídica, sin poder ser exteriormente penadas; aunque otras, que la conciencia pública reconoce en absoluto como tales injusticias, ó que lo son tambien en algun respecto para los fines del Estado, están sujetas á pena, v. gr., la mutilacion de la mano para librarse del servicio militar. La cuestion estriba en determinar los límites entre la esfera privada y la pública, límites que se establecen tambien segun el sentido moral y jurídico del pueblo y su grado de cultura (1).

Conforme á estas consideraciones, podemos establecer los siguientes principios:

1) Hay un derecho de las personas que nace meramente de la existencia y naturaleza de la personalidad misma.

2) Hay tambien una multitud de derechos de esta clase, que forman tantas especies como elementos principales existen, facultades y tendencias esenciales de la actividad humana, determinadas por los fines de la vida (2).

3) Estas especies principales de derechos, nacidos de la personalidad humana, son comunes á todos los séres racionales y corporales, constituyendo, por tanto, un derecho *general* de las personas, el cual, con excepcion de lo que se

---

(1) V. p. 66.
(2) V. §. 21.

refiere al elemento físico (1) abraza tambien á las personas jurídicas en sus más importantes y universales principios.

4) Los derechos de las personas se ejercitan: *a)* por la persona misma para aquellos fines que puede perseguir sin la cooperacion de los demás, y en los cuales, cabe que obre justa é injustamente consigo mismo; *b)* en mútua accion con los demás hombres, que á lo ménos están obligados á una conducta negativa, absteniéndose de perturbarles é invadir su esfera.

5) No el derecho mismo, sino su ejercicio, se determina y aun á veces se limita y hasta se impide por las leyes, á las cuales, como formas esenciales del Derecho, toda persona ha de obedecer, en el caso en que no invada el derecho sagrado del espíritu (v. gr., respecto de la religion): pues entonces debe cada cual examinar si ha de obedecer más á Dios que á los hombres, sometiéndose al propio tiempo á la pena legal. Por importante que sea que el Derecho reciba una sancion formal por medio de la ley, todo legislador necesita desechar la pretension de que la ley por sí misma pueda hacer que una cosa sea justa ó injusta.

6) Los derechos de las personas son absolutos, por nacer

(1) Esta exclusion es demasiado absoluta. Sin duda, como ha dicho Savigny, nadie pensará en acusar á un hospital de bigamia; pero de esto á negarle una vida corporal y física con su derecho correspondiente, media un abismo. Lo que debe negarse á la persona social, son aquellas relaciones de vida estrictamente peculiares del indivíduo, ora sean físicas, ora espirituales. La capacidad de delinquir, por ejemplo, el fraude, la ingratitud, nada tienen de físico en su íntima naturaleza; y sin embargo, son privativas del indivíduo. Por el contrario, si debiera excluirse del derecho de personalidad el elemento físico de las personas sociales, ¿cómo podrian tener una vida económica y un derecho anejo á ella (derecho de bienes), absolutamente indispensable para cumplir sus fines? Este les seria de todo punto inútil, si la persona social fuese una entidad puramente espiritual y sin necesidades materiales.—(*N. T.*)

inmediatamente de la personalidad y subsistir sin la suposicion de acto alguno por parte del sujeto ó de otros: se llaman tambien derechos fundamentales, por ser la base de todos los dichos derivados, que siempre se refieren á uno de aquellos.

7) Hay derechos de personalidad, referentes á relaciones personales, que pueden ser entendidas de diverso modo, segun las circunstancias, y sólo se otorgan por el derecho positivo (1).

8) Los derechos de las personas son la base comun del privado y del público, por ser la personalidad en general el punto de partida y el fin de todo derecho.

---

(1) Ya en alguna otra ocasion se ha hecho notar el error y abstraccion que hay en admitir instituciones de "mero derecho positivo", ó en otros términos, que éste pueda *crear* por sí y ante sí cosa alguna. Antes al contrario, su mision se reduce á informar y consagrar las reglas jurídicas que nacen de las relaciones reales y efectivas, ó de otra suerte, de los principios esenciales y constitutivos del Derecho, con la modalidad individual en que los determinan las necesidades de la vida real. Por lo que hace al derecho consuetudinario, sólo una concepcion abstracta de la costumbre, y aun de la vida toda, es capaz de negar el contenido real, los motivos internos, las causas eficientes de toda regla nacida por este medio: siendo hoy principio indiscutible (á pesar de la opinion contraria de Spencer) que, desde los más elevados símbolos y dogmas de la fé en la historia de las religiones, hasta los últimos y más frívolos pormenores de la moda en el vestido, todo obedece á principio y motivo internos, todo tiene su "razon de ser", segun se dice: razon íntegra y pura, ó parcial, defectuosa y errónea, pero que basta para alejar toda idea de capricho y mero arbitrio inexplicable. Y por lo que hace á las reglas jurídicas establecidas en forma de ley, tampoco el legislador *debe* prescindir (ni en realidad y en el fondo *puede* hacerlo de un modo absoluto) de los principios histórico-esenciales, teórico-prácticos, *racionales*, en suma, que está llamado á promulgar en su obra: no siendo ésta, ni debiendo serlo, arbitraria creacion de la voluntad nuda, destituida de finalidad y contenido, sino el medio jurídico para dar, en su límite y á su manera propia, la más adecuada satisfaccion posible á las necesidades racionales de su tiempo.—(*N. T.*)

§. 22.—Especies particulares ú organismo del derecho de personalidad.

En el derecho de personalidad se distinguen varias especies de derechos, segun las relaciones especiales de la vida: especies generales á su vez, cada una de las cuales incluye asimismo la posibilidad de muchos derechos particulares. Así como aquellas relaciones, nacidas del principio unitario de la vida humana, forman un organismo de género, especies é individualidades, así tambien el derecho de personalidad ofrece un organismo análogo dentro de su unidad propia (1). Ahora bien, la informacion de nuestras relaciones se verifica sobre una base de los dos elementos de que consta nuestra personalidad: el superior, divino y absoluto, que se revela en la razon y en sus eternos fines, y el individual que se desenvuelve en el espacio y el tiempo; pero ambos elementos se hallan siempre en íntima combinacion y compenetracion en nosotros, de tal suerte, que los fines absolutos, aunque deben constantemente considerarse y perseguirse como tales, muchas veces se limitan temporal y localmente por la individualidad, la cual, á su vez, ha de estar penetra-

(1) V. sobre esto la detallada exposicion incluida en mi *Filosofía del Derecho (Rechtsphil.* p. 345 á 431), donde el derecho de personalidad se divide en: 1) derechos por respecto á la personalidad humana en su integridad y en la composicion de los dos elementos contenidos en ella; 2) derechos referentes á cada uno de estos elementos (espíritu y cuerpo) y á su enlace en la vida; 3) derechos que conciernen á las propiedades fundamentales de la personalidad, como igualdad y desigualdad, libertad y sociabilidad; 4) derechos relativos á la libre manifestacion de nuestras facultades esenciales; 5) derechos que corresponden al vínculo ético-orgánico de la vida. Todos estos derechos se consideran allí como base comun del privado y el público.—En parte han sido desenvueltos con mayor amplitud todavia y más en relacion con el derecho positivo por Roeder en su *Derecho natural (Naturrecht*, p. 109 á 198.)

da por un fin superior que inspire á lo finito y concreto.—Segun esto, hay dos principales especies de relaciones y derechos: 1) relaciones finales *objetivas* y derechos que á ellas conciernen: 2) relaciones y derechos *individuales*. Aquí, y por respecto al derecho privado, podemos reducirnos á esta division y comenzar con el exámen de la segunda especie, debiendo recordar en este punto que las relaciones no son por sí mismas derechos, sino que sirven para que en ellas se apoyen en cuanto se determinan mútua y condicionalmente.

I.—*Relaciones individuales.*

A. Examinemos ante todo estas relaciones en el indivíduo considerado *en sí mismo.*

1) El indivíduo humano debe considerarse como un sér vivo, y vivo desde la concepcion hasta la muerte misma. Con el comienzo de su vida comienza tambien su capacidad de Derecho que le inviste ya desde entonces de determinadas pretensiones. Así como su vida desde el primer momento está amparada por ciertas precauciones jurídicas y por el derecho criminal, así tambien el feto en muchos casos, en los cuales se trata de su ventaja (v. gr., en las sucesiones), alcanza derechos eventuales en la esfera privada para cuando él nazca vivo. De aquí, el principio romano: *qui in utero est perinde acti in rebus humanis esset custoditur quoties de ejus commodis quaeritur*, en la letra del cual hay una ficcion innecesaria sin embargo, pues el derecho del *nasciturus* debe entenderse como condicional, es decir, condicionado por el nacimiento.—Este, que significa el comienzo de la vida independiente del niño, mediante su separacion del cuerpo de la madre, aunque sea sólo por un momento y el niño muera al punto, no indica el comienzo de la capacidad jurídica, sino el de la adquisicion de los derechos concretos que eventual-

mente le corresponden, y es la condicion de una más ámplia capacidad y facultad jurídicas.—Se extinguen éstas por la muerte; pero surge muchas veces la duda de si una persona vive todavia, duda que las leyes positivas han pretendido terminar estableciendo diversas condiciones para la presuncion de la muerte. Segun la práctica del derecho comun, para dar por muerta á una persona, debe tener por lo ménos 70 años é ignorarse su paradero durante cinco ó más años; la legislacion austriaca exige una ausencia de 10 y una edad de 80.

2) Las peculiares diferencias esenciales en la vida física y espiritual del indivíduo, que no son derechos en sí mismas, pero á las cuales se enlazan relaciones jurídicas (derechos y obligaciones) son:

a) La diferencia de edad tiene importancia jurídica en los tres grados siguientes: 1.°, la mayoría, que segun el derecho romano comienza á los 25 años cumplidos; segun el austriaco y el prusiano á los 24; en Francia y los Paises Rinianos, en Inglaterra, Baviera, Sajonia y Hesse Darmstad á los 21: el que no ha llegado á esta edad se llama menor *(minor)*; 2.°, la pubertad, que comienza á los 14 años, y para el sexo femenino, segun el derecho romano, á los 12, llamándose impúber (1) á aquel que no ha llegado á cumplirlos; 3.°, la infancia, que dura hasta los siete años.—Estas diferencias, por una parte, modifican la capacidad jurídica en general, esto es, la determinan ulteriormente; y por otra, dan lugar en algunos casos á ciertos derechos. En general, los niños son irresponsables y no pueden adquirir derechos ni obligaciones por sus *propios* actos, necesitando siempre tutela. Los impúberes, pero que han cumplido siete años, pue-

(1) Las palabras alemanas son *Mündigkeit* y *Unmündigkeit*, que á diferencia de *pubertas*, provienen del *Mund*, *mundium*, proteccion, tutela en el sentido germánico, segun se explicó ya en el t. II.—(*N. T.*)

den ya adquirir por sí mismos la posesion y, segun el Código austriaco, estipular en provecho suyo (1); pero no pueden obligarse ni empeorar su condicion sino sólo mejorarla. Los menores de edad, por el contrario, aunque por regla general son tambien incapaces para contraer obligaciones por sí solos, adquieren ciertas facultades particulares tan luego como han cumplido 14 años. La mayoría produce la plena capacidad de obrar.

b) La diferencia de sexo que en el derecho romano, así como en el antiguo derecho germánico tenia grande importancia, produce hoy tan sólo muy cortos efectos (en Alemania las mujeres pueden contratar por sí mismas). Sólo en las relaciones de la vida pública, en la tutela, procura, etcétera, existe mayor diferencia.

c) Las diferencias de estado de salud corporal y espiritual, como demencia, imbecilidad, locura, frenesí, no suprimen ciertamente la capacidad jurídica, pero sí la de obrar, excepto en los llamados intervalos lúcidos *(lucida intervalla)*; excepcion que, sin embargo, el derecho austriaco sólo admite en cuanto al otorgamiento de testamentos (2). El loco, en cuanto á la disposicion de sus bienes, se equipara al declarado pródigo por los tribunales. Por último, ciertas imperfecciones corporales, como la de los ciegos, sordo-mudos, y otros, tienen tambien influencia jurídica.

B. Consideremos ahora las relaciones *exteriores* del individuo.

1) El parentesco es de tres clases:

a) La consanguinidad, ó sea la relacion de varias personas, fundada mediante la generacion y la comunidad de sangre que de ella nace, puede ser en línea recta, en la cual, á su vez, se distinguen la parte ascendente ó la descendente

(1) V. §. 865.
(2) V. §. 567.

con respecto á cada determinada persona ó en línea colateral. El derecho romano y el canónico siguen diversos principios en el cómputo de los grados de parentesco en la línea colateral, determinándolos el primero por el número de las generaciones que median entre dos personas, *(tot sunt gradus quod sunt generationes)* mientras que el segundo establece la regla de que en el mismo grado en que la persona de una línea—y en líneas desiguales la más lejana—tiene parentesco con el ascendiente comun; en ese mismo grado lo tiene con la persona de la otra línea. En las legislaciones modernas prepondera el cómputo del derecho romano.

b) El llamado parentesco legal nace por la adopcion, esto es, por la admision de una persona en lugar de hijo. Segun los principios de la Iglesia católica nace tambien un parentesco llamado espiritual entre el bautizado y el confirmado y sus padres, con el padrino y el ministro del Sacramento.

c) La afinidad es la relacion entre uno de los esposos y los parientes consanguíneos del otro.

Del parentesco natural nacen los más importantes derechos y obligaciones, especialmente en las sucesiones.

2) Las relaciones de clase que tanto influyeron en el derecho privado aleman con respecto á las antiguas distinciones por el nacimiento (nobles, burgueses y aldeanos) que el derecho de las clases particulares se sobreponia al civil comun, han perdido casi todo su valor en este respecto, á causa de la moderna tendencia á resolver todo lo más posible las diversas clases en una ciudadania general; si bien el artículo 14 del Acta de la Confederacion Germánica asegura en todos los Estados confederados ciertas prerogativas á la alta nobleza. Pero es una exigencia nacida de la necesidad de organizar la sociedad, sustituir á las antiguas clases las naturales, engendradas por las diversas profesiones y fines

capitales de la vida y desenvolver sus consiguientes esferas de derecho privado.

De la ciudadanía política (posesion de derechos políticos) nace todavía á menudo una condicion para la adquisicion y ejercicio de ciertos derechos privados; mas por regla general, en la esfera de éstos los extranjeros se equiparan á los naturales (1).

II.—*Derechos relativos á los fines generales de la vida y á las propiedades fundamentales y superiores de la personalidad.*

Los derechos de la personalidad que se refieren á los fines universales—religion, moralidad, ciencia, arte, educacion, comercio é industria—y á sus propiedades fundamentales, v. gr., la libertad y el honor, si es cierto que tienen mucha más importancia en la esfera pública, interesan tambien al derecho privado. En efecto, de ellos se engendra para cada persona en sí misma, cuanto para aquellas otras incluidas en su esfera privada y colocadas bajo su proteccion (hijos), la facultad de realizar actos que se ofrecen como condicion para que manifiesten sus ideas religiosas y morales, ó para satisfacer la necesidad de instruirse é instruirla, ya por sí propio, ya mediante libros ú otras personas, ó para adquirir bienes materiales, usarlos y enagenarlos; ó, por último, para mantener su honor y libertad. El derecho privado del indivíduo abraza tambien necesariamente la casa, como lugar permanente donde desenvuelve su existencia para sí mismo, y por esto los pueblos más nobles y amantes de su libertad han rodeado siempre con singulares garantías el derecho tocante al domicilio, como una emanacion y extension de personalidad en el espacio.

(1) Código civil austriaco, §. 35.—*Landrecht* prusiano, §§. 41-45.

De estos derechos los más importantes en el privado son los que se refieren á la religion, á la libertad y al honor.

A. Por respecto á la religion, el Acta de la Confederacion Germánica ha establecido la igualdad de derechos civiles y políticos entre los miembros de las tres confesiones cristianas en todos los Estados confederados. Pero la condicion civil de los judios es diversa todavia en muchos Estados, á causa de su religion, cuyo libre ejercicio se les reconoce, sin embargo.—El derecho privado concerniente á la religion abraza tambien así el de cambiar de confesion religiosa, conforme á sus convicciones, como el de ejercer, segun estas mismas, todas las prácticas religiosas que su conciencia le indique, dentro de su casa. Mas para las prácticas exteriores sociales puede imponer el Estado ciertas condiciones, ya nacidas de la necesidad de mantener la coexistencia pacífica de los diversos cultos, ya de la conservacion y fin del Estado mismo.

B. Todos los Estados que carecen de esclavitud y servidumbre reconocen hoy la libertad de la persona como un derecho fundamental humano, cuyas infracciones son objeto de penalidad.

C. El honor, que es de por sí un estado de la vida moral de la persona, logra su derecho, por una parte, cuando omiten los demás todas aquellas acciones que son contrarias al respeto de aquella cualidad, así como tambien, en ciertos casos le corresponde el de propia defensa, v. gr., en las ofensas al honor de la mujer. De otra parte, constituye una condicion para el ejercicio de determinados derechos, ya en el órden privado, ya sobre todo en el público, en cuanto se refiere al desempeño de funciones sociales ó investidas con autoridad. En el derecho comun actual, merced al cambio que han sufrido las costumbres, se aplican tan sólo en una esfera muy limitada los principios del romano y del germá-

nico sobre el honor y la infamia. La práctica, las ideas morales y las leyes, sirven en esto de norma.

Todas las propiedades personales se muestran de esta suerte ante todo, como bases de los derechos que les conciernen; despues, tambien como determinaciones ulteriores ó modificaciones de la capacidad general jurídica, en su influjo sobre la adquisicion y ejercicio de otros derechos; por último, se enlazan á ellas derechos efectivos, de manera que se puede hablar con exactitud, tanto por respecto á las cosas, como al lenguaje, de derechos referentes á la religion, á la libertad y al honor, de derechos de la edad, del sexo, del parentesco, etc.

§. 23.—De las personas jurídicas (1).

I. *Concepto.*—El concepto de la persona se extiende más allá de la existencia del hombre individual, aplicándose á una colectividad ideal de personas determinada por un fin: ampliacion que no debe considerarse como una ficcion, toda vez que descansa en verdaderas relaciones de la vida y que, en todo caso, el último fin vuelve á referirse á los indivíduos (2). El fundamento de esta ampliacion reside en la necesidad de suplir una limitacion de la vida humana. En efecto, hay fines que exigen una accion comun ó exceden de las fuerzas y breve duracion de la vida del indivíduo, por donde requiere su consecucion una cooperacion permanente me-

(1) El concepto de "persona jurídica" es en el fondo una frase abreviada para denotar un "todo ó colectividad de personas" *(Personen-Gesammtheit)* jurídicamente ideal; siendo la cuestion tan sólo la de cómo esta colectividad pueda ser sujeto de derechos, sin ficcion alguna. Pero, en realidad, lós sujetos del Derecho son siempre personas determinadas ó determinables, en una *direccion* comun, dada por la unidad del fin.

(2) V. sobre esta materia la exposicion detallada y excelente de BLUNTSCHLI en su *Derecho privado (Priv. R.*, I, p. 105 á 184.)

diante la actividad comun y aun por regla general una organizacion jurídica tambien de sus bienes. Y así como en el indivíduo el alma racional es la razon de la personalidad, así tambien un fin racional constituye el fundamento jurídico, el alma, que pudiera decirse, de la personalidad ideal.

En el sentido general y pleno de la palabra debe, pues, llamarse persona jurídica á aquel todo ideal de indivíduos jurídicamente determinado por un fin racional, sea religioso, moral, científico, artístico, económico ó de otra clase. La relacion de este fin con ese todo ideal, puede ser, no obstante, diversa; de suerte, que ora el fin se realice *por* la comunidad ó *en* personas reunidas en la idea (v. gr., huérfanos, pobres, enfermos). El todo ideal, con su fin, cumplido por él ó en él, jamás puede concebirse en el mundo sensible sin un substrato de bienes materiales, sin un patrimonio; pero es completamente erróneo pretender que el elemento jurídico sólo reside aquí en este aspecto, segun opinan los más de los romanistas, siguiendo la estrecha concepcion romana, pues los bienes son tan sólo un factor de la relacion jurídica, aunque muchas veces el principal. La idea romanista de Savigny y de otros, que sólo quieren admitir como personas jurídicas aquellas comunidades ideales que poseen la capacidad de adquirir bienes y en cuanto la poseen, debe ceder á la concepcion más exacta que se ha formado en el derecho germánico y en la vida y civilizacion modernas. Para muchas personas colectivas que persiguen fines racionales, como acontece con las sociedades religiosas, científicas y literarias, es de capital importancia que se les reconozca el derecho á existir y á obrar en ciertas direcciones, mientras que la organizacion jurídica de sus bienes, acaso de muy escasa entidad, tiene un interés subordinado en comparacion con el fin y las personas.

En efecto, los bienes pueden referirse al fin de varios mo-

dos. Ora constituyen el fin mismo (1) como acontece en todas las sociedades de lucro (2), ora sirven para un fin, en cuyo caso puede ser su servicio lo principal, como ocurre en las fundaciones, ó sólo auxiliar y subalterno, al modo que en una sociedad científica establecida. Algunos escritores modernos han propuesto la denominacion de personas morales para todas aquellas personas ideales en que prevalece el fin ético sobre la fortuna, y sólo llamar juridicas á las restantes; pero esto sería una concesion poco razonable á esa doctrina superficial que pretende hacer consistir el elemento jurídico sólo en los bienes de fortuna. A lo sumo, se podria designar á las unas, como personas ideales ético-jurídicas; y á las otras, económico-jurídicas (3). Pero la distincion se determi-

(1) Sobre el error de considerar la adquisicion de los bienes de fortuna como un fin propio y sustantivo, coordenado al fin científico, al religioso, al moral, al jurídico, etc., error que constituye uno de los principios fundamentales de la vida contemporánea, V. el tomo I, pág. 185, nota (1). En los fines últimamente citados, se cumple siempre un bien esencial, sustantivo, de propio valor en sí mismo, por lo cual pueden constituir objeto de la actividad humana; mientras que las riquezas, la propiedad, el dinero, que es su expresion abstracta y más fluida, por decirlo así, nada valen absolutamente por sí, mas tan sólo como medio de adquirir en parte aquellos bienes. Por esto, su concepto es el de un medio, cuya persecucion independiente no es lícita, como lo es la de cualquiera otro fin racional; sino que debe exclusivamente obtenerse como resultado, ya inmediato (merced á la produccion originaria), ya mediato (á favor del comercio, en el ámplio sentido de la palabra), de la prosecucion de los verdaderos fines. Así lo ha presentido la conciencia comun, la cual suele estimar que el hombre que no trabaja más que por el lucro, por ganar dinero, "por la paga", degrada y envilece su trabajo: por lo ménos, mientras no medien circunstancias muy aflictivas y apremiantes, que puedan quizá excusar su conducta.—(*N. T.*)

(2) Nos referimos, sobre este punto, á lo dicho en la nota anterior. No hay, mejor dicho, no debe haber sociedades que tengan por objeto propio y directo el lucro.—(*N. T.*)

(3) Tambien repetimos aquí lo antes dicho respecto de la funcion que el lucro representa en el cumplimiento de los fines humanos.—(*N. T.*)

na mejor por las especies de personas jurídicas.

La diferencia esencialísima entre esta clase de personas y la persona física ó individual, excluye á aquella de todas las relaciones de derecho que suponen el elemento sensible de la personalidad (1); por consiguiente, de las que conciernen á la edad (2), salud, enagenacion mental, familia, sucesion legal ó intestada, fundada sobre el parentesco de consanguinidad, si bien pueden heredar por testamento.

II. *Principales especies de personas jurídicas.*—Estas especies se clasifican conforme á dos bases, á saber: 1) por la diversidad de sus *fines* esenciales; 2) por la diversidad de

(1) De ser exacta esta afirmacion, resultaria que hay personas sociales que para nada necesitan tener patrimonio: lo cual es tan manifiestamente erróneo, cuanto que la propiedad constituye una condicion esencial para el logro del destino del *hombre*, no de *ciertos* hombres; v. gr., del indivíduo, de ciertas corporaciones. Aun las que, entre éstas, persiguen fines tan ideales y ultraterrenos como las comuniones religiosas, han menester de medios materiales y exteriores para realizarlos. La razon es muy sencilla y parece imposible haya podido pasar inadvertida á la sagacidad y penetracion de Ahrens. En efecto, los fines de la Iglesia (como los de una institucion científica y otros análogos), aunque fuesen pura y exclusivamente espirituales, no se cumplen por espíritus puros, sino por *hombres*; ni en la esfera ideal de la fantasía, ó sea del mundo sensible *interior*, sino tambien en la exterior de la Naturaleza, sobre la haz de la tierra, en un lugar determinado del espacio y necesitando fuerzas, medios y servicios que, en el organismo social, sólo se obtienen á cambio de otros, no gratuitamente.—(*N. T.*)

(2) De las relaciones que enumera el autor, deben excluirse las de la edad. Toda sociedad se desenvuelve, como el indivíduo, á través de edades, que expresan el grado y modo de su desarrollo y piden una organizacion jurídica adecuada. Si el indivíduo, durante la primera época de su vida, necesita cumplir su evolucion al amparo de otro sér que haya llegado á la plenitud racional de sus fuerzas, de donde nace la institucion de la tutela, del mismo modo acontece con las personas sociales, á las cuales se aplican análogas relaciones, desempeñando, v. gr., ya las funciones del tutor, ya las del pupilo. En el derecho positivo, aunque no siempre con acierto, se ha consagrado en parte este principio. Por ejemplo, la Iglesia se considera menor en

situacion jurídica que ocupan los miembros particulares con respecto á la persona como unidad ideal.

A.—Bajo el primer respecto, segun los fines principales (jurídicos, religiosos, científicos, industriales, morales) son personas jurídicas: *a)* en la esfera política, el Estado en sí mismo y en sus funcionarios y autoridades especiales así como el municipio; *b)* la Iglesia ó las corporaciones y sociedades religiosas; *c)* las instituciones científicas, artísticas y docentes y aun ciertas partes de ellas (v. gr., las facultades universitarias); *d)* los institutos y sociedades industriales y mercantiles; *e)* los establecimientos de beneficencia, especialmente las fundaciones y asociaciones consagradas á este fin, como los asilos de pobres, huérfanos, enfermos, etc.

B.—Por la diversa situacion jurídica de los individuos de la persona, con relacion á la unidad ideal de ésta, y especialmente por respecto á los bienes, puede haber, y de hecho hay, tres clases.

1. La primera nace cuando la persona jurídica en su unidad ideal, es el único sujeto del derecho de bienes, de suerte que ninguno de sus indivíduos es propietario: tal era la persona jurídica de los romanos, (la *universitas personarum)* y lo que hoy se llama principalmente *corporacion.* A esta esfera pertenecen las fundaciones piadosas, los conventos, las universidades, ciertas clases de asociaciones y gremios, y

muchas relaciones civiles, é igualmente el Fisco entre nosotros; y al mismo órden pertenece la tutela que sobre las asociaciones y corporaciones de todas clases suele arrogarse el Estado, con frecuente menosprecio de su verdadera mision en este punto.—El autor parece dar á entender que las sociedades *sólo* pueden heredar por testamento; y si tal es su sentido, tampoco es exacto. Casos hay, en los cuales, al extinguirse una fundacion, debe darse á sus bienes un destino que no estaba previsto en su estatuto: hecho análogo al de la sucesion intestada. Y en otro concepto, ¿es sucesion testamentaria entre nosotros la del fisco despues de los parientes en décimo grado?—(*N. T.*)

en general todos aquellos cuerpos, cuyos miembros se consideran sólo como transitorios y tienen únicamente un derecho temporal de uso. Consecuencia esencial de esto es que, cuando cesa una persona jurídica de esta clase, su patrimonio no corresponde á los miembros existentes á la sazon, sino que lo hereda el Estado como bienes *nullius*.

2. La segunda especie se origina cuando los sujetos del derecho de bienes son exclusivamente los miembros de la persona, hallándose aquellos divididos entre éstos, segun los principios de la co-propiedad. Estas son las llamadas generalmente *sociedades* en estricto sentido, las cuales, á pesar de no quererlas reconocer muchos romanistas como personas jurídicas, se designan con razon como tales en la práctica y en los códigos modernos. De este órden son las tres clases de sociedades de lucro, colectiva, anónima y comanditaria; así como ciertas sociedades de seguros y muchas otras privadas para fines lícitos. A la disolucion de estas sociedades, sus bienes se distribuyen entre los miembros que á la sazon las constituyen.

3. Hay, sin embargo, una tercera clase de personas jurídicas, en que el derecho corresponde, tanto á éstas en su unidad ideal, como á sus individuos juntamente, aunque en diverso sentido. Las relaciones económicas se regulan en ellas segun el concepto germánico de la propiedad colectiva (1). A esta clase de personas llaman muchos en Alemania principalmente compañías (2); pero sobre su idea, como sobre su denominacion, vacilan todavia las opiniones, siendo la primera rechazada en general por muchos que sólo

(1) V. § 28.

(2) Traducimos por la palabra "compañía" la alemana *Genossenschaft*, aunque el sentido de ésta es más determinado que el de aquella, por carecer nuestro idioma de vocablo que corresponda exactamente.—(*N. T.*)

admiten la division romana en *universitas* y *communio*, ora nazca esta última por contrato *(societas)*, ora por accidente. Pero la comunidad ó compañía aparece como la combinacion interna y orgánica de ambas instituciones opuestas *universitas* y *communio*. Por regla general, la compañía tiene de comun con la *universitas* el ofrecer ambas un carácter más duradero y como de institucion; y aunque al igual de la *communio* permite la participacion de los indivíduos, esta participacion se determina en la compañía, por lo comun, no cuantitativa, sino cualitativamente, como en la propiedad dividida (1). Esta forma de persona jurídica se presenta en el matrimonio y en la comunidad familiar, en el municipio, en las comunidades de campos, en las sociedades de diques, en muchos gremios y profesiones. Al disolverse una personalidad de esta clase, es de rigor que nazca el derecho parcial en los indivíduos á heredar los bienes en una proporcion que puede ó no estar préviamente determinada.

C. *Principios jurídicos.*—No siendo la persona jurídica, ménos aun que la individual, un mero sujeto de derecho privado, aparece todavia más visible su aspecto jurídico-público en relacion con el Estado, aspecto digno de la mayor atencion. El principio general que debe aquí establecerse, es que el Estado, aunque no debe reputársele como fundamento y causa *(causa efficiens)* de la persona jurídica, ha de tener alguna accion sobre su nacimiento, constitucion y administracion, y aun muchas veces sobre su modo de extinguirse. Las relaciones jurídicas de estas personas se regulan mediante las condiciones referentes á las relaciones de su vida.

Por lo que hace á su nacimiento ú orígen, estas condiciones son diversas segun la cultura de cada pueblo y segun

---

(1) V. §. 28.

las particulares clases de personas jurídicas, no debiendo, por tanto, establecerse de un modo idéntico y abstracto. En la Edad Media, merced á la debilidad del poder público y á lo enérgico de las tendencias corporativas, nacieron muchas personas jurídicas de todas clases sin cooperacion ni beneplácito de aquel poder. Pero en los tiempos modernos la posicion y el vigor del Estado, justificados por las circunstancias, así como el ensanche que ha ido tomando su mision de proteccion y tutela y el espíritu de publicidad que penetra do quiera toda la vida social, exigen, cuando ménos, para la existencia de una persona jurídica que el Estado la conozca, dando parte y aun presentando sus estatutos á una autoridad política. En este requisito se contiene tambien la facultad, cuando dicha autoridad cree contrarios el fin ó los medios á las leyes del Estado, de impedir la existencia y accion de la persona jurídica de esta clase por el procedimiento que la Constitucion de cada Estado determine (1). Pero el Estado puede contentarse con la mera notificacion, cuando se trata de muchas personas jurídicas que persiguen fines puramente humanitarios, religiosos, literarios ó de libre trato social.—Otra cosa acontece, por el contrario, con aquellos cuya accion se enlaza íntimamente con intereses económicos, y en las que muchas veces se limita en la gestion financiera el principio natural de la responsabilidad y garantía personales, segun acontece en las sociedades anónimas y comanditarias; ó bien donde ciertos institutos se han de organizar *permanentemente* con la vida social y política, como las fundaciones, los gremios, las órdenes. En estos casos se requiere la aprobacion prévia del Estado, la cual no debe con-

(1) ¿No debe cada Estado tener presente principio alguno para esta determinacion? Volveremos á la teoría del supuesto "derecho arbitrario", confiado á la mera discrecion y albedrío de los poderes públicos y falto de razones internas.—(*N. T.*)

cederse arbitrariamente, sino segun las reglas generales que presiden al derecho de asociacion y examinando los estatutos y demás circunstancias.

Para armonizar las relaciones de la persona jurídica con el interés general, tiene el Estado el derecho de suprema inspeccion, derecho que puede ejercer de diversos modos, segun las circunstancias, y aun por medio de comisarios especiales. Esta vigilancia es sobre todo necesaria en las sociedades de lucro económico-nacionales. Ante todo, debiera investirse á las cámaras ó juntas de industria y de comercio de la inspeccion sobre los bienes, á fin de que se rindan cuentas anuales y exactas del verdadero estado de la sociedad, etcétera; pero la vigilancia superior corresponde siempre al Gobierno nacional. Tiene tambien éste el derecho de suprimir las personas jurídicas mediante el procedimiento establecido en la Constitucion de cada Estado, cuando el fin que persiguen se manifiesta contrario al bien público, ó cuando no puede ya lograrse, (v. gr., en un lugar determinado). Respecto de las corporaciones religiosas, se requiere en este punto el acuerdo de la suprema potestad eclesiástica (1); y siempre es

(1) La vaguedad de estas afirmaciones iguala á su inexactitud. En primer lugar, ¿qué quiere significar por "corporaciones contrarias al bien público"? ¿Debe esto entenderse en el sentido indeterminado y arbitrario con que es uso decidan sobre el particular hoy los poderes públicos? Y suponiendo claramente establecido el concepto de corporacion ilícita, ¿cómo cabe suprimir una sociedad que no ha podido nacer? Pues admitir la hipótesis de que una sociedad lícita se convierta en ilícita por hechos posteriores, es radicalmente contrario á los principios jurídicos sobre que descansa la doctrina de las personas sociales: ya que éstas nada son fuera de su estatuto, ni responden como tales de las extralimitaciones é infracciones que puedan cometer sus miembros, ni, por consiguiente, delinquen, segun han mostrado Roeder y Savigny, cada uno desde un punto de vista completamente diverso.—Pero, aun suponiendo que el Estado (social) pueda disolver una corporacion, ¿cuál debe ser ese "procedimiento establecido en la

una exigencia, y aun de política, que los bienes de una corporacion suprimida se apliquen hasta donde sea posible á fines análogos (1).

D. *Relaciones internas.*—Las relaciones internas de la persona jurídica, se regulan principalmente por el fin de ésta, luego por la forma del haber comun, y como regla general por los estatutos, que sirven de criterio inmediato. Cuando éstos faltan ó hay que suplir á su silencio, pueden tambien deducirse ciertos principios de la naturaleza misma de la persona jurídica. Al aprobar los estatutos, especialmente de las sociedades financieras, la autoridad política ha de cuidar desde el principio de que los fundadores no formen una oligarquía que oprima los intereses del mayor número por medio de disposiciones injustas ó atribuyéndose derechos especiales poco equitativos, ó estableciendo condiciones que dificulten el ejercicio de los que á los socios corresponden (v. gr., exigiendo un gran número de acciones), ó de otros modos análogos. Por último, ya antes (2) se ha dicho cuán importante esfera se ofrece en las relaciones internas de toda sociedad para el ejercicio de ciertos deberes morales y jurí-

---

Constitucion»? ¿Cabe, por ventura, aprobar indiferentemente todo cuanto en este punto dicte la arbitrariedad de los legisladores?

En cuanto á la necesidad de que el Estado se ponga de acuerdo con la suprema potestad eclesiástica para suprimir las corporaciones religiosas, (sobre dimanar de la general de los Concordatos y argüir un concepto de las relaciones entre ambas potestades, extraño en Ahrens é incompatible con su sentido general) es doctrina abiertamente contraria á la soberanía del Estado, que, ó no alcanza á disolver corporacion alguna, ó alcanza á disolverlas todas, en ciertas condiciones, que por fuerza han de ser iguales para las asociaciones civiles y para las religiosas.—(*N. T.*)

(1) Así, prescribe el *Landrecht* prusiano (II, 6, §. 193) que el Estado cuide de que la intencion del fundador se cumpla en estos casos hasta donde sea posible.

(2) V. p. 424, t. II.

dicos, de carácter positivo, mediante la fundacion de cajas de pensiones, viudedades y orfandades, etc., para los miembros trabajadores de la sociedad: fundacion que entonces hemos reconocido una exigencia de la humanidad y del Derecho.

Los derehos y obligaciones de la persona jurídica se ejercen por sus representantes, mediante cuyos órganos pueden en ciertos casos adquirir posesion, propiedad, derechos reales, derechos que provengan de obligaciones y herencias testamentarias.

§. 24.—Transicion al derecho privado económico, ó de bienes.

El derecho de las personas ha sido reconocido como general, por ser la base, tanto de todo el derecho privado y público, cuanto de todos los derechos privados especiales. Ya se ha indicado que no es lícito, contradiciendo las condiciones superiores y más adelantadas de nuestra vida moderna, limitar el derecho privado puramente á la esfera de los bienes, la cual constituye tan sólo una rama particular, aunque sumamente principal en nuestras sociedades del derecho privado, al lado de otras determinadas por los fines y relaciones capitales de la vida, á saber, los derechos privados concernientes á la religion, á la moralidad, á la educacion, la ciencia y el arte, todos los que se comprenden en aquel asimismo. Cierto es que estas otras ramas se hallan poco desarrolladas todavia, pudiendo tratarse de un modo mucho más sumario que la del derecho de bienes, cuya exposicion abraza en extension y precision intereses contrapuestos; cierto, que por regla general, se estudian más adecuadamente, formando un todo con el derecho público relativo á dichos

fines; pero esto no obsta á la grande importancia que alcanzan en los órdenes de la vida que reciben de ellos enérgico vigor intelectual y moral.

El derecho de bienes es sólo parte del derecho económico privado que se divide en tres esferas, relativas á la produccion, á la circulacion y al consumo; y no dá, en su sentido usual y en su division en derecho real y de obligaciones, más que las bases generales de aquella rama; explicando, en el derecho real, sus principales especies, su adquisicion y pérdida, y en el de obligaciones, el derecho individual de comercio ó circulacion, mientras que el relativo al consumo, que en la vida privada entra casi exclusivamente en la esfera de la libertad, no ha recibido desarrollo alguno independiente. Pero así como en la ciencia económica, además de los principios generales, se exponen tambien las condiciones económicas de los diversos órdenes particulares de produccion (produccion primordial é industrial ó técnica) y las diversas especies del tráfico, así tambien hay un derecho especial relativo á esa produccion primera (agricultura y minería), á la industria tecnológica y á las especies de comercio: lo cual debe desenvolverse en el derecho privado especial, como ramas de éste, relativas á las diversas clases ó profesiones económicas. En su vista, aun en esta parte del derecho económico privado, hay que distinguir entre el general y los especiales. Además, del derecho de tráfico y obligaciones, hay que excluir en rigor aquellas obligaciones que no se refieren á los bienes materiales, á su valor: pues aunque en otras esferas del comercio social se presentan formas iguales ó análogas, v. gr., la forma general del contrato, la diversidad del contenido que ya no pertenece meramente al derecho de bienes, dá á esas formas otro carácter jurídico. Por último, tambien debe tratarse por separado del derecho de bienes el de sociedad, ya que en toda sociedad hay que asegu-

rar y regular jurídicamente intereses más bien morales y públicos (1).

SEGUNDA SUBDIVISION.

DERECHO ECONÓMICO PRIVADO (DERECHO DE BIENES.)

SECCION PRIMERA.

Derecho general sobre bienes materiales (derecho real, derecho en las cosas.)

§. 25.—Introduccion.

I. *Preliminar.*—El derecho real tiene su base inmediata en la ciencia económica, que se subdivide en economía privada y nacional, por más que generalmente sólo á la última se dá aquel nombre. Pero mientras la *ciencia* económica analiza las relaciones reales en sí mismas y la actividad que á ellas se dirige, el *derecho* económico expone su organizacion formal segun los elementos capitales del derecho, la persona como sujeto, el objeto y el fin. Mas la íntima conexion entre una y otra esfera se revela, con toda su importancia, en que por una parte se requiere atender siempre á dichas relaciones cuando se trata de su ordenacion jurídica; y por otra, en que, de igual suerte que la economía privada debe concebirse, inspirarse y limitarse como un miembro de la nacional, así tambien el derecho real privado ha de ponerse en estrecho enlace con el interés público, aunque predo-

(1) De este íntimo enlace del usual derecho privado de bienes con la ciencia económica, resulta la necesidad de estudiar la economía nacional, por lo ménos, al mismo tiempo que el derecho positivo privado. Comp., p. 199, nota (1), t. II.

minando siempre la libre determinacion de la voluntad que es de ley en todo derecho privado.

II. *Fundamento.*—El fundamento del derecho real radica en la naturaleza del hombre y de su personalidad. Si aquel, merced al principio divino ó absoluto que en él reside, es fin de sí mismo y persona, su limitacion hace de él juntamente un sér condicionado y dependiente y le lleva, en su posicion con respecto á la naturaleza, á satisfacer sus fines al par racionales y sensibles por medio de las cosas de aquella que pueden servir á este objeto y carecen de propia finalidad, suprimiendo en cierto modo su finitud por medio de este complemento que recibe de ellas. Pero esto no le es posible, sino en cuanto se coloca con las cosas en una relacion inmediata y las somete á su poder ó posibilidad de obrar en ellas. Esta mera relacion de poder y dominio inmediatamente y en sí misma, es puramente física; no jurídica ni moral (1). Pero así como la moral prescribe á todos dirigir esta relacion conforme á estos deberes morales para consigo mismo (templanza), y para con otros (beneficencia), así tambien necesita determinarlas jurídicamente, determinacion que tiene lugar mediante el establecimiento de las condiciones bajo que una persona puede adquirir, poseer, usar y enagenar cosas de la naturaleza no libre y atendiendo á sus fines racionales (los cuales, en el derecho privado, quedan reservados, ante todo, al criterio de la persona misma). El derecho real es, pues, el todo de reglas, instituciones y relaciones jurídicas, que se refieren á la posicion inmediata de una persona con respecto á una cosa, tanto para ella misma cuanto para con las demás.

III. *Carácter del derecho real.*—El carácter inmediato de la relacion define al derecho real. Consecuencia de esto, es que, por regla general, el derecho real pueda ejercitarse con-

(1) V. p. 173, nota (1).

tra cualquiera, de donde nace una *in rem actio vindicatio* ó sea la llamada accion real. En ciertos casos, sin embargo, esta persecucion contra cualquiera se limita por determinadas consideraciones: de aquí la distincion entre derechos reales *absolutos* en sí mismos y sólo *relativos*, en cuanto á su persecucion (1). Por regla general, que tiene pocas excepciones, el derecho romano establece el principio de la persecucion absoluta; mientras que el derecho germánico ha tomado más en consideracion las circunstancias, prescribiendo en la propiedad territorial la condicion de la publicidad del derecho real mediante la cesion judicial y admitiendo en las cosas muebles la máxima de «la mano debe defender la mano» (2). De las anteriores ideas resulta ahora que la comun definicion del derecho real como aquel que puede perseguirse contra un tercero no es exacta: pues, por una parte, hay derechos que pueden perseguirse contra cualquiera, y sin embargo, no son reales, como acontece con los que se refieren al estado de las personas, y por otra, no todo derecho real puede reclamarse de aquel modo. Dicha definicion está tomada, por tanto, de una consecuencia que no siempre nace del derecho real.

IV. *Especies principales.*—Las principales especies de derechos reales se reducen objetiva y lógicamente á dos categorías: propiedad y derechos limitativos que corresponden á otro en cosa agena *(jura in re aliena)*: entre ellos no cabe término medio. Pero nace la cuestion de cuántas clases, á su vez, de propiedad y de derechos limitativos pueden existir. Entre los romanos, es sabido que sólo se conocian tres especies de la primera: propiedad individual, propiedad de la persona jurídica y co-propiedad y como derechos reales especia-

(1) V. la acertada opinion que sobre este punto expone Unger, *o. c.*, p. 518, etc.

(2) V. p. 363.

les en cosa agena, las servidumbres, la enfitéusis, la superficie y la hipoteca y la prenda; segun las *Instituciones* se añade tambien el derecho hereditario, investido igualmente de una *in rem actio,* que se dirige á la entrega del patrimonio. En el derecho germánico, además de las clases de propiedad romana, se admitieron tambien en otro tiempo los dos modos de propiedad dividida y propiedad comun; pero actualmente los rechazan algunos romanistas, aunque sin razon, segun veremos. Las cargas reales aparecen tambien como derechos particulares en el sistema germánico. Cabe pensar otros varios derechos en cosa agena y se presentan tambien en los códigos modernos. Así, en el *Landrecht* prusiano el arrendamiento se enumera entre los derechos reales con toda razon; y en el derecho austriaco el derecho de subsuelo. Y otros varios adquieren carácter real por la inscripcion en los libros públicos. Todos los derechos reales particulares pueden, sin embargo, dividirse en las dos categorías generales de derechos de goce y derechos formales de garantía (hipoteca y prenda).

CAPÍTULO PRIMERO.

PROPIEDAD Y DERECHO DE PROPIEDAD (1).

§. 26.—La propiedad.

I. *Fundamento filosófico-jurídico.*—La naturaleza de la propiedad debe determinarse por su fin. Este fin es doble, ge-

(1) V. sobre esto más extensamente mi *Filosofía del Derecho (Rechtsphil.)* p. 477-529 (última ed. alemana); y ROEDER, *Principios de Derecho natural (Grundzüge des N. R.*, II, p. 198-289).—Comp. tambien: GESTERDING, *Teoría de la Propiedad (Die Lehre vom Eigenthum*, 1817) y PÜTTER (Cárlos Teodoro), *Teoría de la Propiedad en el Derecho germánico, comparada con los principios del romano (Die Lehre vom Eigenthum nach deutschen R. verglichen mit den röm. Rechtsgrundsätzen*, 1831).

neral y particular. La propiedad comparte con el derecho real el fin general de servir para satisfacer las necesidades materiales y mediante éstas las espirituales tambien. Esta necesidad general é igual que tenemos de las cosas, podria remediarse tambien por medio de la comunidad, de la tenencia y del uso. Pero el hombre no es sólo un sér igual á los otros, sino que es tambien un indivíduo distinto de todos. Merced á una fuerza divina, innata en él y que le eleva á la conciencia de sí propio y de la libertad, es persona y está llamado á proponerse él mismo sus fines y elegir los medios adecuados á ellos. Como tal persona sustantiva debe él tambien afirmar su *yo* en la vida y comercio de los bienes por la posibilidad de disponer de ellos con independencia. De que él es un sér propio y para sí, se sigue la tenencia propia y para sí de las cosas.

Este es el fundamento inmediato de la propiedad, que manifiesta un como reflejo de la personalidad individual en el mundo de los bienes sensibles, una distincion de la individualidad en la desigualdad. La propiedad, por tanto, subsiste y se destruye con la personalidad, de suerte que todas las teorías filosóficas que desfiguran éstas, sean panteistas, sean materiales y sensualistas, rechazan tambien en sus consecuencias prácticas la base natural de la propiedad. En esta, pues, debe revelarse el fin de vida de la persona. Ahora bien, la persona es y subsiste en su unidad aunque pertenece tambien á la humanidad como miembro relativamente independiente; así, su fin no puede divorciarse del fin universal humano. Por consiguiente, si en la propiedad debe buscar la persona ante todo la satisfaccion de sus necesidades mediante los bienes materiales, no es lícito olvidar los deberes y respetos generales. En esta esfera, y con ella ha de confirmar, por el contrario, cada cual su sentido humano, cumplir sus deberes morales de beneficencia y auxilio y atender

en el ejercicio de sus derechos al bien comun, del modo como lo prescriben la moral, y aun en parte el derecho público, que tiene siempre á la vista el fin social.

II. *Extension de la propiedad segun su concepto* (1).—Segun las consideraciones que acaban de preceder, puede concebirse la propiedad como el derecho de cada persona para sí misma, en una cosa directa ó indirectamente sometida á su poder. Así, toda relacion inmediata de dominio de una persona sobre una cosa, seria relacion de propiedad, incluso los derechos particulares, á lo ménos los materiales, como las servidumbres. Si los romanos hablaban de un *dominium*, de un *dominus servitutis*, *usufructus*, etc., en el derecho germánico, la idea de propiedad se ha aplicado con más precision todavia en este ámplio sentido (2); más aún, se la ha extendido tambien á las relaciones mediatas de dominio sobre cualquier objeto jurídico, equiparándola con la idea del patrimonio, y admitiendo, por tanto, una propiedad en los derechos de obligaciones. Esta concepcion,

(1) El concepto de la propiedad se toma, sin embargo, en un ámplio sentido por el todo de derechos que corresponden á una persona. Así lo ha hecho KRAUSE en su *Compendio de Filosofía del Derecho (Abriss der Philos des R.* p. 104).—PÜTTER, *o. c.*, hace observar cinco acepciones diversas de la palabra "propiedad": 1) todo el derecho de un hombre *(universum jus personae)*; 2) todos los derechos civiles; 3) todo el patrimonio; 4) más inmediatamente, todos los derechos y cosas que corresponden á un hombre en la esfera real; 5) la propiedad en cosas, ó propiedad por antonomasia.

(2) En la ámplia concepcion de los glosadores se revela tambien el influjo de la idea germánica, Por ejemplo, BARTOLO *(ad l.* XVII, §. 1, D. 41, 2) define el *dominium* en el más ámplio sentido *pro omni jure in corporali, ut habeo dominium obligationis usufructus*; y en sentido estricto, *jus de re corporali perfecte disponendi, nisi lege prohibeatur.*—V. BOECKING, *Pandectas del Derecho romano prusiano (Pandekten des röm. Pr. R.* II, p. 3).—Sobre las antiguas concepciones civilistas, V. GLÜCK, *Explicacion de las Pandectas (Erläuterung der Pand.* p. 8.ª, I, p. 26-46).

que tiene igualmente su punto de apoyo en el derecho germánico, se ha hecho usual en el lenguaje y ha pasado á muchos códigos modernos (1). Pero si es importante reconocer la unidad superior de los derechos inmediatamente reales con los mediatos y personales que se refieren á las cosas, esta unidad se halla convenientemente expresada ya en el concepto del *patrimonio* (2), del cual es la propiedad real un elemento que se distingue entonces aun de los derechos reales particulares.

III. *Concepto jurídico-positivo de la propiedad.*—Este concepto no se ha explicado y definido hasta hoy con rigor científico. Dos métodos se han seguido para establecerlo. El antiguo, pretendia determinarlo enumerando las principales facultades comprendidas en la propiedad, como el derecho de disponer, utilizar y excluir á cualquiera otra persona por respecto á una cosa. Pero estos derechos se hallan tambien hasta cierto punto en el usufructo. La propiedad debe definirse, por el contrario, no solo de parte del sujeto y sus facultades, sino tambien de la del objeto y por el modo de enlazarse uno con otro.—El método moderno aspira á definir este concepto valiéndose de la idea de poder de la voluntad ó imperio tomada de los romanos y hasta identificada con el derecho mismo. Algunas variantes que en el modo de entender este concepto se encuentran, aunque no son indiferentes, no varian el fondo de la concepcion. Así, unos conciben la propiedad como «el imperio (3) pleno, total y jurídico de

(1) *Landrecht* prusiano.—Cod. austriaco, §. 353.

(2) Este es, sin embargo, un punto sobre el cual, aun despues de prolijas deliberaciones, no me atrevo á declararme resueltamente.—La limitacion, que por lo demás es contraria á la idea y al lenguaje del comercio social, me aparece hasta hoy justificada tan sólo por razones preponderantes de utilidad.

(3) El predicado "jurídico" que muchos añaden, v. gr., PUCHTA, *Pand.*, §. 144, y ARNDTS, *Pand.*, §. 130, mientras que otros lo omi-

una persona sobre una cosa corporal,» pero opinando que cabe «deducir ciertas facultades que la propiedad contiene» sin invalidar el concepto de ésta (1), y que así se engendran los derechos reales particulares. Prescindiendo de la inexactitud real y aun lógica y formal de esta concepcion, inexactitud que pronto expondremos, deberia cesar la propiedad, segun ella, al ménos allí donde no sólo han desaparecido todas las facultades, sino que en el fondo no queda ya facultad esencial alguna. Con razon, pues, se ha objetado á esta concepcion (2), aunque partiendo, á la verdad, de un punto de vista análogo, que, cuando en una cosa se halla constituido un usufructo y se agregan todavia la prenda y el litigio, faltan en realidad todas las facultades sin que la propiedad haya cesado. Cierto es que en este caso no se ha distinguido convenientemente entre las facultades en sí mismas y su ejercicio, entre la posibilidad permanente y la efectividad temporal que falta; pero siempre resulta que no cabe definir esta relacion jurídica mediante el concepto puramente cuantitativo de la propiedad.

En vez de este concepto de la totalidad, han hecho resaltar algunos (3) el carácter de sustantividad, independencia ó absolutividad del dominio, evitando así los más sorprendentes errores; pero tambien este signo puede faltar sin que la propiedad desaparezca, siendo imposible por este camino

---

ten, como GERBER, en su *Derecho privado (das Pr. R.*, §. 176), es rigurosamente esencial, porque caracteriza radicalmente la propiedad á distincion de la posesion. Tambien parece necesaria esta adicion, por cuanto el poder de la voluntad no constituye en sí mismo el concepto del derecho: el derecho dá tambien poder, pero no vice-versa.

(1) PUCHTA, *o. c.*, §. 145; tambien ARNDTS, *o. c.*, §. 140.

(2) BOECKING, *Pandectas del derecho privado romano. (Pand. des röm. Privatrechts*, t. II, p. 3.)

(3) WALTER, *Historia del derecho romano. (Gesch. des röm. R.*, 2.ª ed., II, p. 167.)

mostrar el carácter de la propiedad en un dominio determinado y concreto, se la ha hecho consistir en la *posibilidad* jurídica de ejercer todas las facultades concebibles en una cosa corporal (1) ó en la indeterminacion de ese mismo dominio y en la consiguiente mayor amplitud para determinarlo (2). En esto, al ménos, se halla la idea exacta de que la propiedad no cesa con el ejercicio de ciertas facultades, que pueden corresponder á otro, sino que contiene una posibilidad indefinida de determinaciones varias. Pero tampoco se llega de esta suerte al fondo del problema.

Con efecto, el concepto de la propiedad sólo puede hallarse por la aplicacion del concepto del sér ó la esencia, ó bien, como ya antes se dijo, de la sustancia de una cosa y la idea del fin. Por el primer concepto (3), esto es, por el de la esencia ó sustancia, en el cual se ha apoyado muchas veces una antigua teoría más filosófica (4), se alcanza para la propie-

(1) Así hace *De* VANGEROW, *Programa del curso de Pandectas (Leitfaden für P. Vorles.*, 1848, t. I, p. 474.)

(2) Así hace BÖCKING, *o. c.*—Esta concepcion la adopta tambien UNGER, p. 524, pero sin mencionar con este motivo á aquel.

(3) Una tendencia, tan general como errónea, del espíritu moderno, ha resuelto en casi todas las ciencias el concepto de sustancia, del sér permanente á través de la série de los fenómenos, en los accidentes, modalidades, meras cualidades y cantidades, conduciendo de esta suerte en la ciencia natural al grosero atomismo y alquimismo, y en la psicología á la negacion del alma como sér. Esta misma tendencia ha pugnado igualmente en la nueva ciencia jurídica, en especial entre los romanistas, por convertir todas las distinciones jurídicas nacidas de los séres y esencias en disposiciones meramente formales. Por lo demás, dificilmente he podido librarme de las ideas corrientes en la ciencia del derecho comun, hasta que he comprendido que la insuficiencia y los defectos de todas las definiciones usuales de la propiedad sólo podrian remediarse volviendo á la antigua concepcion filosófico-jurídica, aceptada tambien por los có digos modernos, y que en este punto capital es la exacta.

(4) El Código austriaco (§. 354) sigue en su definicion esta concepcion filosófica, al decir: "considerada como un derecho, la propiedad

dad la razon de la posibilidad, duracion y persistencia en la indefinida plenitud de utilidades posibles; y por la idea de fin se explican en especial los diversos modos cualitativos de la propiedad. Ahora bien, si ante todo se concibe como una sustancia la cosa corporal en que la propiedad se halla constituida, esto es, como una esencia coherente, unitaria y permanente, se comprende tambien la posibilidad de una indefinida multitud de aplicaciones ó aprovechamientos fundados en esa esencia, ninguno de los cuales, en el caso de que un determinado fin no exija el consumo entero de la cosa, agota la esencia de ésta, que antes bien queda siendo ulteriormente determinable; y si falta un aprovechamiento, no desaparece de la cosa misma, sino que vuelve á la esfera de su posibilidad. Ahora bien, versando la propiedad sobre una

---

es la facultad de disponer á su arbitrio de la sustancia y utilidades de una cosa y excluir de ella á todos los demás;" y sobre la base de esta definicion se determinan tambien luego (§. 357), con toda claridad, los conceptos tan combatidos por los romanistas, de la propiedad plena ó indivisa y la incompleta ó dividida. Pero aquí hay tambien que rechazar la objecion de irreflexion dirigida contra los redactores del Código austriaco. En efecto, UNGER afirma terminantemente, p. 526, que en oposicion al §. 353, el cual dice: "todo lo que pertenece á una persona, todas sus cosas corporales é incorporales, se llaman su propiedad," en el §. siguiente, 354, se limita la propiedad á las cosas corporales, mediante la palabra sustancia. Pero los autores del Código no eran tan agenos á toda Filosofía, que no supiesen que la sustancia en todas las ciencias se usa en general por la esencia permanente de una cosa. Por esto, cabe aplicar tambien la voz sustancia á derechos permanentes, que consienten un ejercicio contínuo, que es lo que ha acontecido en el Código.—Tambien el *Landrecht* prusiano, que Unger habria podido hojear, dice todavia con mayor precision, (parte I, tít. VIII, §. 1): "se llama propietario á aquel que tiene la facultad de disponer de la sustancia de una cosa ó de un derecho, con exclusion de los demás y por su propio poder, ora ejercido por él mismo, ora por un tercero." Tambien soy de opinion que esta extension del concepto de la propiedad en el derecho positivo, seria mejor evitarla.

cosa, como sustancia, viene á asemejarse á la persona misma: pues ésta es un sér animado (una sustancia) que en la unidad permanente de su facultad contiene una infinita multiplicidad de aplicaciones diversas, hallando, por consiguiente, en la esencia ó sustancia de la cosa, una esfera adecuada tambien para su libre y contínua actividad.

Pero en la propiedad debe tambien tenerse en cuenta el fin de la cosa. Este concepto, tal como muchas veces se le explica en la ciencia del Derecho, ha tenido aún peor suerte que el de sustancia, á pesar de que sin él no se concibe ninguna institucion ni relacion jurídicas de importancia. En el fin se expresa la determinacion de la cosa por razon de su utilidad, y en aquella determinacion se indica juntamente un límite ideal, sobre el cual ha de velar, en parte, la conciencia moral, en parte tambien, el derecho. Para el concepto de la propiedad tiene interés el fin de la cosa en dos sentidos. De un lado, cuando la cosa misma está limitada por el fin en la vida práctíca, nace tambien una limitacion de la propiedad. Así, el concepto del campo se determina por la agricultura, y así, el labrador puede sólo pretender la propiedad del suelo laborable hasta donde es necesario para un buen aprovechamiento agronómico; pero no es propietario de todo lo que se halla bajo la superficie, siendo por esto posible que otro tenga propiedad en la mina que se encuentra bajo el mismo fundo. Por otra parte, una cosa admite varias finalidades, las cuales, cuando han de ser satisfechas por personas diversas tambien, engendran entre estas personas una division cualitativa de la propiedad (1), distinta de la meramente cuantitativa de la co-propiedad. Asimismo se determina la existencia de los derechos reales particulares cuando esta finalidad no concierne á la sustancia juntamente, sino tan sólo á algunas de sus utilidades.

(1) V. §. 27.

Por todo esto la propiedad puede definirse ahora: «el poder, reconocido por el Derecho, de una persona sobre la sustancia de una cosa corporal, en conformidad con su utilidad para fines racionales y sensibles.» Esta relacion jurídica de la persona á la cosa se revela en dos direcciones; una de ellas más exterior y formal, por la facultad de disponer de la cosa, y otra más interior y material, por la de su uso ó aprovechamiento adecuado. Por esto, en toda propiedad existen positivamente los dos elementos como facultades, disposicion y aprovechamiento respecto de la sustancia. Sin ellas, sea una ú otra la predominante, no hay propiedad alguna, formando el concepto el contenido de la propiedad, que debe cuidadosamente distinguirse del objeto, la cosa. Estas facultades permiten ciertamente un diverso ejercicio y pueden limitarse tambien no en sí mismas, sino en este ejercicio; pero ninguna puede arrancarse de la propiedad sin que á la par la propiedad misma perezca. A este ejercicio de las facultades de la propiedad se refieren los derechos reales particulares, cuyo concepto vamos ahora á exponer más detenidamente.

IV. *Derechos reales particulares.*—Estos derechos constituidos en una cosa que se halla en propiedad de otro, han sido definidos por casi todos los modernos jurisconsultos de un modo muy imperfecto y casi superficialmente. Muéstrase en este fenómeno la falta de una profunda concepcion filosófica del Derecho, mediante la confusion de éste con su ejercicio ó su limitacion, y por tanto, de las facultades esenciales inherentes á la propiedad y que comprenden una posibilidad indefinida, con ciertos ejercicios ó limitaciones, y hasta una confusion de la propiedad con la misma cosa corporal. Segun la concepcion reinante, pero casi material y sensible, esos derechos reales nacerian «segregando de la propiedad facultades que radican en ella» (1). Prescindiendo de que

(1) Tal hacen PUCHTA (*o. c.*, §. 145) y los más de los jurisconsultos

aquí no se distingue convenientemente entre las facultades esenciales á la propiedad (disposicion y aprovechamiento), y sus formas, ejercicios que podrian llamarse tambien á su vez facultades particulares, es dicha concepcion fundamentalmente errónea (1). Ni una facultad general ni particular se arranca, disgrega ni desprende; sino que sólo tiene lugar una limitacion ó ejercicio temporal, por parte de otra persona autorizada para ello; pero el propietario conserva á consecuencia de la sustancia las facultades esenciales; á menudo en efectividad, conjuntamente con el sujeto investido de los derechos reales; pero siempre en potencia. Por esto, cuando se extingue aquella investidura, la facultad no se hace *res nullius*, ni vuelve, no se sabe cómo, al propietario; sino que *su* facultad que él jamás habia perdido del todo, se presenta ahora de nuevo en toda su plenitud, tal como ella es en sí, ó como él dice, se consolida (2). Si ahora pregunta-

positivos. Aun Stahl, *Filosofía del Derecho*, t. II, §. 39 (*Rechtsphil.*, t. II, §. 39), hace nacer los derechos reales de la separacion de algunas de las facultades que comprende la facultad total de la propiedad. Arndts (*Pand.*, §. 130) quiere hallar analogía entre dicha segregacion de facultades á la propiedad y la limitacion que inicia en la libertad. Pero ésta sólo puede limitarse en sus manifestaciones y direcciones, no en sí misma; así como segun su concepto, nada puede quitarse de ella, sin que inmediatamente cese.

(1) Sobre esto descansa tambien, en la servidumbre más comprensiva de todas, el *ususfructus*, la antigua distincion entre *ususfructus formalis* y *causalis*, expresiones ciertamente escolásticas é inexactas, como lo es tambien en parte la idea que implican: pues el *ususfructus* formal ó ideal, esto es, posible, que debe quedar al propietario, precisamente por esto no es ya *ususfructus*; pero aquí hay sin embargo el hecho importante de reconocer la distincion entre la posibilidad permanente y la efectividad temporal, sin cuya distincion filosófica no puede explicarse en general el asunto.

(2) Esto pasa con la misma naturalidad con que acontece con un hombre que lleva una carga; en el cual, cuando la deja, la fuerza especial que servia para sostenerla, vuelve á ser recibida en su fuerza y poder generales.—Tambien resulta que una idea nueva expuesta por

mos, prescindiendo de las limitaciones legales á que la propiedad, especialmente la territorial, se halla sometida, ya por un interés público ó en interés del vecino (las llamadas servidumbres legales), cuáles pueden ser los derechos reales particulares pertenecientes á un tercero, cabe concebir tantos de estos derechos como utilidades positivas ó negativas, y limitativas de la propiedad hay en ésta respecto de dicho tercero. Por esto se les puede llamar derechos reales de aprovechamiento. Los romanos enumeran la enfitéusis, la superficie y las servidumbres; pero las dos primeras pertenecen, consideradas en su naturaleza íntima, á la propiedad dividida (1). Así es que los glosadores, con más razon que los modernos, aunque sirviéndose de expresiones inexactas, les aplicaron los conceptos del *dominium directum* y del *dominium utile* y los códigos prusiano y austriaco los colocan acertadamente bajo la idea de la propiedad dividida. Quedan, sólo, pues, las servidumbres.

Pero, además de estos derechos reales de aprovechamiento, cuyo orígen puede reconocer diversas causas segun los distintos fines, se conciben tambien otros semejantes en cosa agena, nacidos puramente de contrato. El *Landrecht* prusiano dá por esto al arrendatario, inquilino y aun al comodatario, un derecho real para el tiempo de la posesion préviamente estipulado; pero el Código austriaco sólo concede este carácter real al arrendatario, y al alquiler mediante la inscripcion en el registro público. Todavia, á más de éstos, hay otro derecho en cosa agena, el derecho de hipoteca; pero

Elvers en su libro *Teoría romana de las servidumbres (Die röm. Servitutenlehre*, 1854-56, p. 310), y segun la cual no eran éstas disminucion de la propiedad, sino de la *cosa*, disminucion que, merced á una ficcion, debe estar sometida como cualidad independiente al dominio del señor de la servidumbre, en el fondo no hace más que añadir con esta ficcion un segundo error al primero.

(1) V. §. 27, y pág. 184, nota.

éste tiene sólo una índole accesoria, sirviendo para la seguridad de otro derecho, aunque eventualmente, merced á la facultad de enajenar, alcanza su realizacion sobre el precio de la venta, desapareciendo con un sólo acto de ejercicio del derecho hipotecario, y así se aproxima grandemente á la obligacion y aun muchas veces entre éstas se la expone al lado de la fianza (1). El carácter comun de todos los derechos reales particulares en cosa agena, es que no tienen en sí mismos el elemento de constancia y permanencia (2), al contrario de lo que acontece en la propiedad, á consecuencia de su sustancialidad.

§. 27.—Derecho de propiedad.

En este concepto, la aberracion es mayor todavia que en el de la propiedad y en el de los derechos reales especiales. Tan pronto se usan como términos idénticos «propiedad» y «derecho de propiedad», como se considera á éste procedente de aquel, por comprender en el derecho á la propiedad el de adquirirla y enajenarla; ó bien se concibe aquel derecho de una manera parcial, ya meramente subjetiva, ya objetiva, de-

(1) V. ARNDTS, *Pand.*, §. 136.

(2) Precisamente lo contrario afirma UNGER, al decir, p. 528: «los derechos reales participan del carácter del de propiedad, teniendo como éstos la señal de la duracion y permanencia;» pero añadiendo en la nota: «las servidumbres *personales* constituyen una excepcion á esta regla, así como el derecho de prenda.» Sin embargo, nunca se puede tener por bien definida cosa alguna y de una manera completamente científica, cuando la definicion no conviene á todo un género. El problema tiene su centro de gravedad en si las servidumbres como tales, consideradas en y dentro de sí mismas, tienen el elemento de la duracion, lo cual debe negarse, aun en las servidumbres prediales, porque el servicio expresa sólo una limitacion, y hasta la cualidad inherente al prédio sirviente *(causa perpetua)* sólo existe en concepto de provecho por relacion al prédio dominante.

biendo, por el contrario, atribuírsela ambas cualidades juntamente.

Consideremos, ante todo, la distincion entre la propiedad y el derecho de propiedad; la primera, segun se ha indicado, es ya de por sí un derecho, relacion jurídica de una persona con una cosa. El derecho de propiedad, por tanto, y conforme al tenor literal de la expresion, sería un derecho respecto de otro derecho, un derecho aplicado á otro derecho (1). Así acontece en realidad y se manifiesta en todo el órden jurídico como sistema órganico de la vida: pues cada derecho particular, del mismo modo que se halla bajo la proteccion de aquel órden total, debe tambien á su vez ponerse en la justa relacion con todas las esferas de éste. De aquí, que la propiedad, aunque sea en sí un derecho, debe regularse segun todos los elementos que la condicionan: la adquisicion, conservacion, defensa, uso y extincion. Esta regulacion, merced á la cual viene á ser la propiedad un órgano,

(1) En las tres primeras ediciones francesas de mi *Filosofía del Derecho*, habia designado, siguiendo á Krause, este derecho como un derecho en segundo grado ó potencia. Algo semejante parece haber pensado Unger, cuando (p. 524) llama al derecho de propiedad una propiedad en la propiedad, si esta frase ha de tener algun sentido. Pero Unger ha entendido las cosas al revés: pues precisamente el derecho de propiedad eleva á ésta *sobre* sí misma y la pone en armonía con todas las demás relaciones esenciales de la vida.—El jurisconsulto positivo no puede admirarse de una relacion como ésta del Derecho al Derecho mismo. Todo el derecho público, con respecto al privado, debe considerarse como un derecho potencializado y en grado superior *para* el Derecho, pues el público y sus instituciones establecen el amparo para el privado, lo fortifican y hasta lo limitan convenientemente. Aun en otras esferas de la vida del espíritu se expresa el grado superior de la existencia humana por medio de relaciones retrospectivas. El hombre no piensa sólo simplemente, sino que piensa tambien sobre su pensamiento, sentimiento y voluntad (reflexiona), elevándose de esta suerte á la conciencia de sí propio, que Leibnitz tan expresivamente llamaba una *reduplicatio existentiae*. Pues de esta conciencia superior, ha de partir la ciencia jurídica para el Derecho.

una institucion del órden jurídico, es el derecho de propiedad que puede, pues, definirse como el todo de las normas que regulan á ésta segun las relaciones objetivas y esenciales y todas las facultades que en ella radican. Este derecho es, por tanto, objetivo respecto á las relaciones, y subjetivo por respecto á las facultades. Las primeras son principalmente económico-nacionales, morales y de derecho público, y sus exigencias se aseguran por medio de preceptos para todas las facultades subjetivas; merced á lo cual, cada una de éstas se halla á su vez sometida á aquellos preceptos citados que forman el derecho de propiedad; la adquisicion como la disposicion y la enajenacion, están sujetas á ciertas condiciones, cuyo mantenimiento prescribe el derecho de propiedad.

Ahora bien, este derecho se divide adecuadamente, cosa que hasta aquí no se ha hecho en la esfera positiva, en interno y externo (1), con lo cual únicamente se resuelve la cuestion de si la facultad de enajenar es ó no un ejercicio del Derecho (2), siendo precisamente un derecho externo.

a) El derecho *externo* de propiedad se refiere á la posicion exterior del sujeto por respecto á la propiedad, y comprende el todo de condiciones de que depende la adquisicion, conservacion y extincion de la propiedad, y por tanto, en punto á las facultades del sujeto: 1) el derecho de adquirir propiedad segun las razones reconocidas de Derecho y en formas jurídicas; 2) el derecho *á* la posesion (fundado en una

(1) Esta exacta é importante distincion la ha hecho notar por vez primera KRAUSE en su *Compendio de Filosofía del Derecho (Abriss der Philos. des Rechts*, 1828, p. 105), habiéndola aceptado RÖEDER y yo en nuestros libros: merece tambien aclimatarse en el derecho positivo.

(2) Comp. UNGER, p. 613, que sostiene con ARDNTS contra BOECKING que la enajenacion no constituye un ejercicio del derecho de propiedad.

razon de Derecho) ó sea el de poseer, *jus possidendi*, que no ha de confundirse con el *jus possessionis*, nacido como consecuencia de la posesion; 3) el derecho de vindicacion, ó sea el de exigir la devolucion de la cosa, bajo ciertas condiciones, de un tercero; 4) el derecho de enajenar. Estos derechos, á excepcion del penúltimo, que sin embargo se produce al exterior, no radican en la propiedad ni son sus emanaciones, sino que deben concebirse de un modo externo con respecto á él.

b) El derecho *interno* de propiedad se refiere á las facultades que en aquella y su fin existen, pero igualmente reguladas por normas objetivas, y comprende, por tanto, el derecho de disponer y de usar (y aun consumir) para fines lícitos (1).

---

(1) *Relacion jurídica de la propiedad.*

- **Nacimiento.**
  - Ocupacion.
  - Accesion.
  - Prescripcion.
- **Desarrollo.**
  - Trasformacion.
  - Goce ó disfrute.
- **Mantenimiento ó conservacion.**
  - Posesion *(jus possidendi)*.
  - Exclusion (deslinde y amojonamiento).
  - Reivindicacion.
- **Trasmision.**
  - Por actos *inter vivos*.
  - Por actos *mortis causa*.
- **Limitaciones.**
  - Materiales.
    - Posesion *(jus possidendi)*.
    - Enfitéusis.
    - Censos.
    - Usufructo, uso y habitacion.
    - Servidumdres.
    - Arrendamiento.
  - Formales.
    - Prenda.
    - Hipoteca.
- **Extincion.**—(A.)

§. 28.—Diversos modos ó formas de la propiedad.

Despues de establecido el concepto de la propiedad y el de su derecho, deben estudiarse más al pormenor las diversas clases ó formas de aquella, ó sea del poder jurídico sobre la sustancia de una cosa segun la posibilidad de sus aprovechamientos. Entre los romanistas y los germanistas, hay en este punto más de una cuestion, pues los primeros rechazan, como jurídicamente inadmisibles, ciertas formas de propiedad como la dividida y la comun, y pretenden reducirlo todo á las formas romanas. Esta diversidad de opinion nace, en parte, de la defectuosa definicion de la propiedad; y en parte, del incompleto modo de concebir las razones de la division, de las cuales, además, se mezclan muchas entre sí. Por un camino más acertado, podria definirse y dividirse la propiedad del siguiente modo:

1. Segun las facultades idealmente *cuantitativas* en propiedad exclusiva (de una persona, sea física ó jurídica) y co-propiedad.

2. Segun las facultades *cualitativas* en propiedad indivisa (1) y dividida (idealmente).

(1) El orígen histórico de la distincion del dominio en directo y útil, se debe al error á que los glosadores fueron conducidos al estudiar la naturaleza de los derechos respectivos del enfitéuta y del primitivo dueño de la finca, entre otros motivos, por la errónea interpretacion dada á la *actio directa* y á la *actio utilis* que nacian de este contrato, lo cual les impidió ver cómo el derecho del enfitéuta era en Roma un *jus in re aliena.* Encontrando grandes analogías, como realmente las habia, entre la enfitéusis de una parte, y de otra el feudo y ciertas formas más parecidas aún á aquella, como sucede con algunas de las comprendidas en la propiedad censual, se fué extendiendo aquella denominacion á todas ellas. ¿Fué esto obra arbitraria de los legistas, ó vino á satisfacer una necesidad real esa forma especial de propiedad, segun unos de orígen germano, segun algunos producto de las circunstancias de aquellos tiempos? Uno de los caractéres que señala

3. Segun la mera *limitacion* en su ejercicio, en ilimitada y limitada.

4. Segun las clases de personas á que pertenece, en *a)* individual y *b)* propiedad de persona jurídica, en las siguientes clases: α) propiedad de la *universitas* ó *unidad* de personas, β) propiedad de una *pluralidad* de personas en la mera sociedad y γ) propiedad comun *(Gesammteigenthum)* de una compañía *(Genossenschaft)* que existe como institucion.

5. Segun los derechos del *Estado* en la propiedad de todos sus miembros: dominio eminente del Estado.

En estas especies ó formas de propiedad, debe reconocer-

---

la transicion de la propiedad de la época bárbara á la feudal, la herencia, junto con la perpetuidad que es su consecuencia, fué origen de que se arraigaran esas denominaciones, porque mientras el beneficiario y el censatario no tuvieron más que derechos precarios, temporales ó vitalicios, no era natural que ocurriera darles el nombre de propiedad, así como al adquirir consistencia y duracion, lo era preguntarse si no revestia otro carácter que el de un *jus in re aliena*, cuando tanto se parecia al dominio, puesto que en suma, casi todos los derechos integrados en éste habian pasado á manos de los poseedores de la tierra. Entonces se extendió esa denominacion y la consiguiente distincion del dominio en directo y útil y se aplicó, no sólo á los feudos y á la la enfitéusis, sino tambien á otras formas análogas de la propiedad, aunque habia entre ellas diferencias nacidas principalmente de los distintos derechos que en cada caso tenian respectivamente el concedente y el concesionario. Ahora bien; esta distincion, que aun cuando proceda de un error ha sido una realidad en la historia, ¿tiene un fundamento objetivo y racional? Tres soluciones encontramos en los tratados de los jurisconsultos que tratan de la cuestion. Unos consideran que éste es tan sólo un caso de co-propiedad; otros, que el derecho del feudatario, del enfitéuta y del censatario es un *jus in re aliena*; y por último, para algunos es esta una forma especial de la propiedad, la llamada propiedad dividida, encontrando por lo mismo fundada la division en que se basa. La primera de estas opiniones es, á nuestro juicio, completamente insostenible. Walter dice que tiene lugar en este caso la co-propiedad, no porque la cosa esté dividida en partes cuantitativas, sino porque lo están los derechos incluidos en la propiedad; pero hay una diferencia esencial entre estos dos conceptos. Esa division cualitativa es la única que origina la clasificacion en

se el principio de que la propiedad jamás puede dividirse en su contenido; esto es, segun los derechos que en ella se contienen: de modo que al uno sólo le correspondiese una de dichas facultades, y á otro otra exclusivamente: pues esto no seria division, sino una disolucion de la propiedad; en ninguna de cuyas partes, sea de la clase que fuere, existiria ya el concepto de género. La division en partes no puede ser órganica, segun se manifiesta en la naturaleza y en la vida, sino cuando se divide partiendo de sus propiedades características predominantes de tal suerte que las cualidades del

---

propiedad exclusiva y co-propiedad (el *condominium* de los romanos), segun que es una sola personalidad individual ó social, la que tiene todos los derechos contenidos en el dominio y con relacion al objeto todo; ó que son varios los que pueden ejercer aquellos, aun cuando cada uno sólo con relacion á una parte cuantitativa, ya sea esta real, como la que tienen los co-legatarios en la cosa legada á todos ellos, ya no lo sea por tratarse de la consecucion de un fin comun, como sucede en el caso de una sociedad por acciones. Más comun es la segunda opinion mantenida con gran calor por todos los jurisconsultos alemanes de la escuela romanista. Uno de ellos, Gerver, sostiene que así el feudo como la enfitéusis, el censo perpétuo, etc., son derechos en cosa agena, *jura in re aliena*; doctrina que tampoco es á nuestro juicio exacta. Son aquellos, limitaciones, no del derecho mismo del propietario, sino del ejercicio de los que constituyen é integran el dominio, los cuales virtualmente residen en el dueño, y por esto á él vuelven en definitiva. Esto sucede, por ejemplo, en el caso de las servidumbres, de la hipoteca, del usufructo; son limitaciones del ejercicio de los derechos de gozar, de disponer, de excluir, pero cuando por uno ú otro motivo desaparecen, *ipso facto* se reintegran y consolidan en cabeza del dueño de la cosa, y por esto son *derechos en cosa agena*. ¿Acontece esto en el caso presente? En él se reconocen á cada uno de los llamados dueños ó señores, el del dominio directo y el del útil, todos esos derechos, aunque á cada cual para un fin especial, no para todos y los mismos, como acontece en la co-propiedad, y no parte de aquellos y sólo respecto de su ejercicio, como en el caso de la propiedad *limitada*. Por esto nos parece acertada la opinion de los jurisconsultos que sostienen el fundamento racional de esta forma de propiedad de que se deriva la clasificacion de la misma, en plena ó indivisa, y *dividida* tomando este término en su sentido técnico.—(A.)

género se manifiesten á su vez en cada uno de sus miembros.

I.—Segun las diversas facultades cuantitativas, es la propiedad ó dominio de uno sólo ó co-propiedad *(condominium)*; perteneciendo en la primera la cosa con todos los derechos que en la propiedad residen á una persona única, física ó jurídica, y dividiéndose idealmente entre varias segun determinadas partes relativas (quebrados, $^1/_2$, $^1/_3$). Aun el co-propietario tiene todos los derechos comprendidos en el concepto de la propiedad, si bien no puede ejercerlos más que sobre una parte ideal de la cosa. Esta co-propiedad se concibe, segun su fin, en dos formas capitales: ó se halla destinada á una division real, á la cual se refiere la accion *communi dividundo*, ó consagrada en una sociedad á la persecucion de un fin comun en la misma, al cual contribuyen los miembros con determinadas participaciones, v. gr., en las sociedades anónimas.

II.—Segun las diversas facultades cualitativas que se pueden tener en una cosa, es la propiedad perfecta é imperfecta (esto es, dividida, en el sentido técnico). Esta propiedad imperfecta ó dividida nace del distinto modo y sentido como varias personas pueden perseguir en una cosa la satisfaccion de un fin económico. Tampoco en esta division tiene lugar alguno la de las facultades: pues de otro modo se destruiria el concepto de la propiedad y nacerian otros derechos con otros nombres. Es, pues, inconveniente y contrario á la naturaleza de las cosas, concebir la division, segun en otro tiempo era frecuente, como si uno de los sujetos tuviese derecho sobre la sustancia de la cosa, y el otro, junto con un derecho tambien á la sustancia, el goce de sus utilidades: ya que el primero posee igualmente un derecho á alguna utilidad presente ó venidera (v. gr., el derecho á un interés, la espectativa de un derecho). En cada parte se manifiesta, por consiguiente, otra vez el todo, el contenido capital de la

propiedad; mas para cada uno de los derecho-habientes aparece en diverso sentido el aprovechamiento y predominando uno ú otro elemento de aquella. Esta division cualitativa se halla en las instituciones jurídico-germánicas del feudo, y el arrendamiento hereditario ó colonato y puede presentarse en muchas otras formas. En este caso no existe co-propiedad, pues no hay partes alícuotas, y todavia ménos pueden llamarse á estos derechos reales en cosa *agena* (1), pues el vasallo y el colono tienen un derecho de propiedad á la sustancia de la cosa. La idea de la propiedad dividida tiene, por consiguiente, un fundamento real; y el ataque de que en los tiempos modernos ha sido objeto por parte de algunos germanistas, viene de que se ha confundido en el derecho (como tan frecuente es tambien en otras ciencias) el elemento cualitativo con el cuantitativo. Por el contrario, los partidarios del concepto han intentado las más veces fundarlo de una manera inexacta (2).

III.—Las *limitaciones* (3) en el *ejercicio* del derecho de

(1) Comp. p. 361, t. II, nota (3).

(2) Así tambien WALTER, en su *Derecho privado aleman (d. Pr. R.* §. 132) dice que "aquí tendria lugar la co-propiedad, no porque la cosa se dividiera en partes alícuotas, sino por repartirse los derechos que la propiedad comprende;" en lo cual hay error, pues que las facultades no pueden dividirse á ménos de destruir la idea de propiedad. La facultad es siempre la misma, aunque en diversa direccion.

(3) Los códigos modernos confunden, por lo general, estas dos clasificaciones: propiedad limitada é ilimitada, indivisa y dividida, en la única de propiedad perfecta é imperfecta, que viene á coincidir con la primera de aquellas, lo cual muestra que no admiten la otra; y así, al enumerar los derechos que limitan el dominio, mencionan mezclados los censos y la enfitéusis con el usufructo y con la servidumbre, siendo lógicos al hacerlo así cuando rechazan en absoluto la division del dominio directo y útil, pero no cuando la admiten. Bien es verdad que á veces es difícil discernir los casos de la propiedad dividida y los de la limitada, esto es, los *jura in re aliena*. Es fácil, por ejemplo, distinguir la propiedad limitada cuando se trata de derechos pura-

propiedad establecidas en favor de un tercero son, ora aprove-

---

mente formales y de seguridad, como la hipoteca, porque es manifiesto el carácter transitorio, externo y accidental que revisten, por lo cual continúa residiendo en el propietario la plenitud de los que constituyen el dominio, aunque limitados en su ejercicio. Lo es asimismo cuando se trata de otros derechos de carácter positivo y útil, pero cuyo valor se dá en relacion á otra cosa, segun acontece, por ejemplo, con las servidumbres reales, así las rústicas, como las urbanas. Pero ya no lo es tanto, respecto de las malamente llamadas servidumbres personales, como el usufructo, el uso y la habitacion, porque éstas ni se refieren á otra cosa, ni tienen un carácter formal y accesorio, y sin embargo, todavia deben ser consideradas como limitaciones, esto es, como *derechos en cosa agena*, por su carácter temporal, en virtud del cual á su terminacion se consolida necesariamente en el dueño el ejercicio de todos los derechos. En el mismo caso se encuentra, á nuestro parecer, el censo cuando es temporal, porque necesariamente llega un momento en que desaparece uno de los partícipes en la propiedad, mientras que si es perpétuo, aunque sea redimible, como puede verificarse la consolidacion en cualquiera de ellos (en el uno, por el comiso, el tanteo, etc.; en el otro, por la redencion), entonces se origina esa forma especial de propiedad *dividida*, cuya esencia consiste en radicar en ambos propietarios todos los derechos, aunque en cada cual para la consecucion de un *fin* distinto y predominante, y no para todos y los mismos como en la co-propiedad; mientras que en la propiedad limitada ó *jura in re aliena*, uno los tiene todos en principio y otro sólo el ejercicio de algunos de ellos. Por ejemplo, salta á la vista la diferencia que hay entre la enfitéusis, en la cual el propietario cede ciertos derechos al enfitéuta, pero reservándose por su parte el de cobrar una pension, el de retracto, el de laudemio, el de comiso, etc., y aquel caso en que se cede la tierra sin más reserva que el derecho de cobrar una pension de carácter temporal ó redimible ó en que se compra ese mismo derecho, como acontece con frecuencia, respectivamente en el censo reservativo y en el consignativo. Por esta razon, en el censo reservativo, *rente foncière*, en Francia, no hay tanteo, retracto ni laudemio; y si se atiende á que el concedente trasmite al censatario el dominio directo y el útil, reservándose tan sólo el derecho á una pension, con razon sostenian algunos autores en España que no cabia el comiso, por más que el Tribunal Supremo haya declarado lo contrario (9 de Febrero de 1871). Con el comiso que hace posible la consolidacion del dominio en el señor directo, debe decirse que el censo reservativo es una forma de la propiedad dividida, mientras que sin él sólo suponia un derecho real.—(A.)

chamientos de una cosa agena, ora derechos formales y accesorios de seguridad (prenda, hipoteca). Los primeros pueden ser de varias clases, y los códigos modernos han comprendido tambien entre ellos ciertos derechos que los romanos sólo consideraban como contratos (1).

IV.—Segun las diversas especies de personas investidas de estas facultades, se divide la propiedad en

1) Individual, cuando el propietario es una persona física. Esta propiedad no debe confundirse con la singular ó exclusiva, cuyo fundamento de division es enteramente otro, pues mira á la cantidad de las facultades, mientras que aquí se atiende á la persona; así, el indíviduo propietario puede ser tambien co-propietario, no meramente propietario exclusivo y único.

2) Propiedad de una comunidad de personas determinadas por un fin. Aquí caben tres formas, segun la relacion de las personas individuales con la comunidad y su fin, á saber:

A. Propiedad de la persona jurídica del derecho romano, de la *universitas personarum*, en la cual dicha persona es el único sujeto de derecho, no correspondiendo éste en manera alguna á los indivíduos de por sí con relacion á la cosa ó á los bienes;

B. Propiedad de aquella comunidad donde el haber comun se divide entre los miembros particulares, segun fracciones ideales (cuotas), debiéndose considerar, por tanto, á dichos miembros como co-propietarios: el fin é interés de la comunidad se resuelve por completo en el de los indivíduos, y los órganos son tan sólo representantes activos de los indivíduos (mandatarios). Así acontece en las sociedades de mero lucro, y especialmente en las sociedades por acciones (2).

(1) V. p. 676.

(2) No puedo, al modo de BLUNTSCHLI, *o. c.*, §§. 39 y 58, p. 262, considerar estas sociedades industriales, por acciones y comandita-

Este *condominium* en la sociedad es por su fin diverso de aquel otro donde el interés de los indivíduos lleva á la division de la cosa.

C. Propiedad comun en el sentido técnico germánico, ó sea, propiedad en que los derechos los poseen, tanto la comunidad ideal representada por determinados órganos para el fin comun, asegurándose la propiedad para generaciones ó indivíduos ulteriores, como tambien los indivíduos, los cuales consideran juntamente el fin comun como suyo y tienen cada cual facultades propias en el haber comun, ejerciendo los derechos esenciales que forman el contenido de la propiedad, de tal modo, que bajo un respecto, participan de la disposicion formal acerca de la propiedad por medio de representantes elegidos (como en principio debieran ser), ó de una autoridad que obra tutelarmente en lugar de ellos; mientras que, en otro respecto, tienen una parte jurídica en el contenido real de la propiedad, ó sea en el aprovechamiento.

En esta propiedad comun, al modo germánico, se combinan, pues, órganicamente las dos oposiciones de la propiedad de la persona jurídica romana y la co-propiedad en una sociedad; y aparece como la expresion jurídica de un organismo de personas, en el cual, tanto el todo, la unidad, como los miembros, cooperan á un fin mútuamente enlazados por sus recíprocos servicios, en diversas tendencias y funciones; de suerte que, en una comunidad de esta clase, hallan tambien los indivíduos satisfaccion á su derecho propio. Las facultades superiores del todo, que se extienden sobre las de los indivíduos, se revelan muchas veces por subsistir la asociacion, como elemento de la organizacion social, como ins-

rias, como sociedades dueñas de una propiedad comun, porque el fin y el carácter son diversos y todo el centro de gravedad radica en el indivíduo.

titucion permanente en ella (municipio, gremio) y por tanto presentan tambien un interés público. En la vida práctica, este concepto se ha aplicado de diversos modos; pero no se ha conservado puro do quiera, sino que se ha aproximado tan pronto al concepto romano de la persona jurídica, tan pronto al de la co-propiedad. El carácter de esta clase de propiedad comun aparece frecuentísimamente en la propiedad de los esposos, en la masa comun de bienes, en el sistema de la comunidad completa ó parcial; la propiedad de los miembros de la familia en los bienes patrimoniales; la de los co-herederos; la de los obligados por pactos sucesorios; la de los investidos simultáneamente en un mismo bien; la de los miembros de la comunidad rural en los bienes comunes y la de los vínculos sociales de los gremios y corporaciones (1).

5) Hay tambien un dominio eminente del Estado (2) en

---

(1) La idea de la propiedad comun se viene combatiendo en nuestros dias por Hasse, Pütter, y especialmente por Dunker, *la Propiedad comun (das Gesammteigenthum*, 1843) y despues de este último por otros como Mittermaier, Gerber y Walter. Por el contrario la sostienen Phillips, *Derecho privado aleman* (*d. Pr. R.*, §. 83), Bluntschli, §. 58. Pero mientras no se establezca sólidamente la nocion de la propiedad, no se podrán distinguir claramente sus especies.

(2) ¿Es esta doctrina un legado del feudalismo ó una aplicacion de aquel dominio eminente que los Emperadores tenian en las tierras de las provincias conquistadas, el cual á su vez no era otra cosa que la trasformacion del que desde un principio se atribuyó siempre la ciudad, respecto de los mismos? Al ver el influjo que el derecho romano y la intervencion de los legistas tuvieron en la revolucion llevada á cabo en esta época, parece, á primera vista, que debiera ser lo segundo; pero basta observar cómo precisamente en los paises más romanizados es en los que se distingue el órden público del privado, afirmándose que los atributos esenciales de la autoridad son el poder y la jurisdiccion sobre todos los súbditos, pero no ese dominio eminente ó directo universal, y además que entonces, para contradecir esa teoría, se invocó, á la vez que el derecho natural y la historia, el derecho romano, para comprender que lo que hizo la monarquía fué aplicar la doctrina feudal á todo el territorio, considerando éste como un gran

todas las especies de propiedad que en su esfera se hallan. El Estado no crea la propiedad, ni puede privar á nadie de ella sino en ciertos casos (v. gr., en la expropiacion, indemnizando); pero así como tiene que valuar y regular jurídicamente la propiedad, así tambien necesita (prescindiendo de la propiedad particular que le pueda corresponder como fisco) satisfacer por las vías jurídicas y mediante la propiedad de sus miembros las necesidades que nacen de su fin. Así ejerce en la propiedad de los indivíduos ciertos derechos que forman parte del contenido de la propiedad, como son: el de disponer sobre la sustancia, derecho que se expresa de diversos modos, regulando las facultades de disponer y de gozar de los indivíduos, así como, por excepcion, en la expropiacion, prévia indemnizacion; y un derecho de aprovechamiento que hace valer por medio de impuesto. El Estado posee, pues, en toda propiedad un *dominium eminens* que la abstraccion de la moderna ciencia jurídica, especialmente de los romanistas, segun la cual el derecho privado debe divorciarse completamente del público, ha querido borrar. Mas aquí tambien, el derecho privado y el público se compenetran sin confundirse, y distinguiendo lo que á cada cual corresponde. El Estado tiene y recibe tambien lo suyo merced á un derecho que tiene en lo mio. Aquellas cosas que en la vida sub-

---

feudo. Así adquirió aquella en la práctica una universalidad que antes no habia tenido, pues que la verdad es que durante toda la Edad Media hubo siempre propiedades completamente libres, exentas de cargas, en las cuales no tenian el dominio directo ni los señores, ni los reyes, y que se regian por los principios de derecho romano ó por los del germano, segun los paises, quedando fuera del excepcional creado por el feudalismo. Por esto, si hubo muchos juristas que apoyaron á los monarcas en esta pretension, otros la resistieron, presintiendo sin duda que, como ha dicho D'Espinay, *La Féodalité*, l. III, cap. III, este sistema venia á quedar reducido á no reconocer más que un propietario, el Estado, "y de aquí al comunismo, añade, no hay más que un paso."—(A.)

sisten recíprocamente enlazadas, debe tambien unirlas internamente la ciencia. Muéstrase tambien en estas relaciones por oposicion al disolvente espíritu romano, el principio germánico de solidaridad y enlace, debiendo concebirse este vínculo político de la propiedad de un modo análogo al del feudalismo. Así como desde el emperador supremo señor feudal hasta el último vasallo habia muchos grados de supremacía, así tambien ejerce el Estado su derecho superior á través de los distintos órganos y círculos (municipio, familia, corporaciones) en que la propiedad existe. Cierto que el feudalismo está anticuado; pero el principio germánico expresado en él del enlace gradual de la propiedad no debe olvidarse.

Estas diversas especies de propiedad se pueden combinar entre sí de varios modos, allí donde las ideas lo consienten, de suerte que nazca toda una red de combinaciones. Así, v. gr., la co-propiedad completa como la dividida, puede ser limitada ó ilimitada (1), segun que los derechos reales existen ó no en ella: la una como la otra pueden existir en las tres formas. Sobre todo y entre ellas, está, sin embargo, el dominio eminente del Estado.

§. 29.—De la adquisicion de la propiedad y de sus modos.

La antigua teoría exigia para adquirir la propiedad dos requisitos: un fundamento de derecho (2), *justus titulus*, y un modo de adquirir, *modus adquirendi*, de los cuales, el primero determinaba la posibilidad, y el segundo la efectividad de la adquisicion. Esta teoría no puede aplicarse, segun Hugo ha mostrado en el derecho romano, pues el fundamento y el modo coinciden muchas veces, v. gr., en la ocu-

(1) Cód. austriaco, §. 358.
(2) V. §. 17.

pacion y en la usucapion; pero ha pasado á los códigos (1) modernos (2) y cabe legitimarlo filosóficamente, cuando se busca el fundamento de Derecho, segun ya antes se ha hecho, no sólo en negocios transitorios, sino tambien en las leyes ó sentencias judiciales, fundamento este último muy frecuente en verdad. Aquí consideraremos sólo los modos de adquirir.

Modo de adquirir, en general, se llama á un hecho (sea un acto, sea un suceso), merced al cual y bajo ciertas condiciones que lo hacen jurídico, se adquiere propiedad. La exigencia filosófico-jurídica para una organizacion buena y justa del derecho privado es que las condiciones de la adquisicion, por una parte, estén determinadas convenientemente en sí mismas, segun todas las condiciones económicas y morales que á ella se refieren, y por otra, sean iguales para todos los ciudadanos del Estado. Por respecto á estas condiciones aparece tambien un progreso en la ciencia y en la vida. Así, las legislaciones modernas, con excepcion del Código francés (3), exigen para la prescripcion, y como condicion ético-juríca, la *bona fides* no sólo en el principio, sino por todo el tiempo de ella; establece además, apreciando con mayor

(1) Cód. austriaco, §. 380.

(2) Sólo á algunos códigos modernos, pues la nueva institucion del Registro de la Propiedad ha modificado profundamente esta teoría del título y del modo. El austriaco, en efecto, no sólo declara que "sin título y sin modo legal de adquirir, no hay adquisicion posible de propiedad (§. 380), sino que, añade, poniendo de manifiesto lo infundado de la doctrina:" en cuanto á la ocupacion de la *res nullius*, el título consiste en la libertad innata que tiene el hombre de tomar posesion de ellas, y el modo de adquirir en el hecho de la aprehension.—(A.)

(3) El Código francés exige la buena fé al principio, en la prescripcion de diez y de veinte años (art. 2265), mas para la de treinta ni aún eso (2262). Lo propio hace el Código italiano (arts. 2135 y 2137), exigiéndola al principio para la de diez años y no para la de treinta. El de Portugal dice terminantemente (art. 520) que la buena fé solo es necesaria en el momento de la adquisicion.—(A.)

exactitud la relacion del trabajo con el material, la escritura, la pintura, etc., no como los romanos sobre la accesion, sino para la especificacion, etc., é igualmente en los tiempos modernos, las condiciones de la adquisicion han llegado á ser más proporcionadas para todos.

Los modos de adquirir, atendiendo á un elemento importante, son *originarios* y *derivados* (1). Los primeros son aquellos por los que la propiedad se adquiere independientemente del derecho de otro; en los derivados sucede lo contrario. El modo derivado de adquirir es la sucesion, que es singular y universal. En ambas especies de modos, en los originarios como en los derivados, se debe distinguir en el hecho de la adquisicion, si consiste en actos de posesion, ora dirigidos á adquirir ésta, ora continuar en ella, ó si, por el contrario, nace de circunstancias enteramente independientes de los actos posesorios.

Daremos aquí un resúmen de estos modos.

A.—*Modos originarios.*

I. Mediante actos posesorios.

a) Mediante la ocupacion ó apropiacion de cosas sin dueño.

b) Adquisicion de la propiedad por medio de actos de posesion en los bienes de otro. 1) Por el cultivo de campos abandonados é incultos *(ager desertus* del derecho romano) bajo ciertas condiciones. 2) Por la especificacion ó trasformacion de una cosa agena merced á nuestro trabajo, arte é industria, de tal manera, que ya no pueda devolverse á la materia su anterior estado, ó quede ésta en un lugar subalterno con respecto á la forma, naciendo relaciones entre el propietario de la materia y el especificante, que los derechos positivos determinan de diverso modo. 3) Por la usucapion, que es ordi-

(1) V. p. 89.

naria, cuando exige las condiciones de la *bona fides*, el *justus titulus* y un tiempo más breve; y extraordinaria, cuando no requiere sino la *bona fides* y un tiempo más largo.

II. Sin actos de posesion se adquiere la propiedad cuando dicha adquisicion es efecto de la union que se establece entre dos cosas, las cuales, perdiendo cada una su existencia particular, pueden hallarse entre sí 1) en relacion de igualdad (v. gr., cuando se mezclan dos porciones de trigo), ó bien 2) en la relacion de desigualdad como principal y accesoria, lo cual dá lugar á las diversas clases de la *accessio*.

B.—*Modos derivados* (que son los más importantes en la vida práctica).

I. Mediatos, ó sean por la adquisicion de la posesion: *a)* Tradicion, con tal que concurran los requisitos de *justa causa* en el negocio, capacidad del que entrega para trasmitir la propiedad y del que recibe para adquirirla: *b)* Percepcion de frutos derivada del propietario.

II. Inmediatos, ó sea sin adquisicion de la posesion: *a)* Por adjudicacion: *b)* Por falta del que hasta entonces era propietario, segun acontece en muchos casos, (v. gr., en el contrabando): *c)* En ciertos casos conexionados con otras relaciones jurídicas, con las cuales deben estudiarse especialmente la adquisicion de la propiedad por medio de la herencia y el legado y la del acreedor pignoraticio, merced al reconocimiento en virtud de su propiedad sobre la cosa dada en prenda.

CAPÍTULO II.

§. 30.—Derechos reales particulares.

Los derechos reales particulares se dividen por su fin en dos clases, á saber: derechos de aprovechamiento y dere-

chos de seguridad y garantía; á los primeros pertenece, segun el derecho romano, la enfitéusis, la superficie y la servidumbre, como tambien las cargas reales del derecho germánico; la segunda especie comprende la hipoteca.

I. La enfitéusis y el derecho de superficie que pertenecen en el derecho romano á los *jura in re aliena*, se tratan en las legislaciones modernas (1) como especies de la propiedad dividida, y han desaparecido en todo ó en parte con ésta en los tiempos modernos.

II. La servidumbre se divide en dos clases principales (2): las personales, que corresponden á una determinada persona como tal, y las reales ó prediales, anejas á la propiedad de de una finca *(praedium)* urbana ó rústica; unas y otras son derechos reales, porque pueden perseguirse contra cualquier poseedor de la cosa sirviente. Las legislaciones modernas exigen frecuentemente para asegurar este carácter de derecho real á las servidumbres prediales, su inscripcion en los registros hipotecarios.

Las servidumbres personales son el uso *(usus)* y el usufructo *(ususfructus)*, más antiguo que aquel, á los cuales añadia el derecho romano la habitacion *(habitatio)*, que hoy se considera comprendida en el uso ó en el *usufructus*. La distincion entre estos dos se establece de diversos modos, tanto por el derecho romano como por los códigos modernos. El usufructo nace, ya de negocios, ya de la ley. El usufructo legal, puede ser paterno, conyugal, tutelar y de oficio (el *beneficium* del derecho canónico).

Las servidumbres prediales consisten en una utilidad prestada por una finca á otra colindante. Si esta utilidad se

(1) *Landrecht* prusiano, Código austriaco.

(2) Esta tradicional division no puede sostenerse, porque hay una diferencia esencial entre los dos miembros de ella, por lo cual debe reservarse el nombre de servidumbres para las reales.—(A.)

halla establecida en favor tan sólo de una persona, se constituye una servidumbre personal ó una relacion de obligacion. La servidumbre nace por negocio jurídico, por la ley, por adjudicacion y por prescripcion. Los principales modos de extinguirse, son la consolidacion de la pretension y de la obligacion en una misma persona, la pérdida de la cosa y la prescripcion.

III. Las cargas reales del derecho aleman, ó sean las obligaciones de devolver ciertos servicios ó ciertas cosas naturales, ó cierta cantidad de dinero, en tan íntima y perpétua conexion con una finca, que se trasmite con ella á cada poseedor, se consideraban antiguamente como *servitutes quae in faciendo consistunt* y se llamaban «servidumbres de derecho germánico», teniéndolas hoy muchos por obligaciones anejas á inmuebles; pero más bien deben comprenderse en el derecho real, por el carácter perpétuo de su relacion con el prédio. En la actualidad, están suprimidas por la mayor parte de las legislaciones, por consideraciones económicas y políticas.

IV. El derecho de hipoteca, que sólo existe como accesorio á una accion ó pretension, y para su seguridad, no pudiendo durar más de lo que dura aquella, comprende principalmente el derecho que el acreedor tiene de cobrarse de la cosa hipotecada, cuando no se le ha pagado á su debido tiempo la deuda. Este derecho ha recibido una provechosa reforma, merced á la mejor organizacion del régimen hipotecario. En cuanto al derecho de prenda las disposiciones del derecho romano continúan generalmente en vigor. Pero el sistema hipotecario se ha organizado sobre los dos principios de publicidad y especialidad, segun el primero de los cuales, ninguna hipoteca tiene carácter de derecho real, si no ha sido inscripta en los registros públicos, mientras que por el segundo toda hipoteca ha de constituirse

precisamente sobre una finca determinada. En los concursos donde, segun el derecho comun, hay cinco clases principales de acreedores, se ha querido de este modo obtener una gran simplicacion.

SECCION SEGUNDA.

Derecho general de cambio ó de obligaciones (patrimoniales).

INTRODUCCION.

§. 31.—Derecho de obligaciones en general y su relacion con el derecho real: fundamento y division.

I. *Del derecho de obligaciones en general.*—El derecho de obligaciones se trata por lo comun, siguiendo el ejemplo de los romanos, como la segunda parte del derecho de bienes. Ya hemos visto más de una vez lo erróneo de tan estrecha concepcion, pues el verdadero principio jurídico engendra pretensiones y obligaciones concernientes á las relaciones de la vida, y en las cuales el elemento moral constituye con razon el núcleo interno, si bien permanecen sometidas á la organizacion jurídica en su forma y manifestacion exteriores. Dichas relaciones existen especialmente en la vida de familia entre los esposos y entre padres é hijos, así como en las formas sociales y corporativas de otros tiempos que pueden tambien reanimarse hoy dia. Haciendo, pues, equivalente la denominacion de «obligaciones» con la de pretensiones y deberes jurídicos; comprendiendo, pues, «bajo la denominacion de obligaciones», tanto éstas como las pretensiones, se podrian dividir en dos clases: 1) patrimoniales ó de bienes; 2) ético-jurídicas. Sin embargo, parece conveniente reservar

el nombre exótico de «obligaciones» para el conjunto de las pretensiones y deberes jurídicos que el derecho romano designaba de esta suerte, y extenderlos á las relaciones modernas del comercio de bienes, segun se hace en las páginas siguientes.

II. *Relacion del derecho de obligaciones con el derecho real.*—El derecho de obligaciones no debe concebirse como coordenado al derecho real. Por una parte, todo éste, en sus objetos, se presenta á su vez en aquel, pudiendo nacer diversas obligaciones con respecto á la propiedad y á todos los derechos reales particulares, mientras que, por otro lado, la esfera del derecho de obligaciones excede de la del real, por tener tambien por objeto actos humanos. Cierto es que el objeto *inmediato* de toda obligacion es siempre un acto voluntario; pero este acto positivo ó negativo, puede referirse, tanto á cosas, que es lo más frecuente, como á servicios. Ambos elementos, cosas y actos, entran en el movimiento de la circulacion social por medio de las obligaciones, que son, pues, la forma jurídica de todas las relaciones concernientes á los bienes en la vida social, y por tanto, de la circulacion jurídica de dichos bienes. En el derecho real se expresa el elemento permanente, la existencia de los bienes, como objetos de la naturaleza física y destituida de libertad; en el de obligaciones, por el contrario, el movimiento y cambio de las relaciones tocantes á los bienes, mediante el nacimiento de pretensiones y deberes, cuyo interés, por lo demás, siempre estriba en su resolucion por medio de su cumplimiento.

III. *Fundamento y carácter del derecho de obligaciones.*—El fundamento ó razon de ser de este derecho se encuentra en la naturaleza de las relaciones de la vida humana. Así como el hombre, en virtud de su limitacion y condicionalidad, depende de los bienes exteriores y materiales, con los cuales necesita completarse y satisfacer sus fines, así tambien desde

el primer comienzo de su vida hasta la muerte, depende de actos agenos, por medio de los cuales hallan suplemento y apoyo los fines indispensables, aunque libremente propuestos, de esa misma vida. Nacen, pues, las obligaciones de la reciprocidad y mutualidad de la .existencia humana, en parte necesaria, en parte libre, constituyendo este comercio de actos y servicios entre los hombres para todos los fines que persiguen en la evolucion exterior de su vida, el vínculo intermedio é ideal, merced al que su movimiento y desarrollo alcanza solidez, seguridad y firmeza, ya permanentes, ya transitorias, y se hace posible proponerse un fin, establecer un plan y cumplirle.

En las obligaciones de bienes debe satisfacerse por medio de la obligacion y del cambio un fin exterior relativo á la fortuna. Distínguense tambien estas obligaciones de las ético-jurídicas por el fin que en el objeto hay que llenarse. Con efecto, los bienes (cosas y actos de carácter económico) tienen, segun el fin que mediante el comercio social en ellos se cumple, un valor objetivo que, cuando se realiza por esta ó aquella persona, es independiente de ellas. De este fin ó valor objetivo se sigue que en las obligaciones de bienes (y sólo en ellas) nunca el sujeto puede ser el único principio determinante, contra lo que el derecho romano ha mantenido, á causa de su carácter predominante subjetivo, y de lo que, á su ejemplo, tienen casi todos los romanistas por exacto. Segun esto, no permite el derecho romano la trasmision á un tercero de obligacion alguna existente entre personas determinadas, sino tan solo el ejercicio del derecho por el desistimiento de la accion (como en la cesion); mientras que el derecho gérmanico, y á su ejemplo las legislaciones modernas, sin desconocer la importancia del elemento subjetivo y manteniéndolo allí donde se armoniza con la naturaleza de las cosas, atienden tambien en los bienes al fin social

y movible que en ciertos casos puede realizarse en otras y para otras personas que las primitivamente obligadas, permitiendo con determinadas condiciones la sustitucion de una tercera persona en lugar del deudor ó acreedor originarios (1). Así se justifica, por el fin que pudiéramos llamar comercial, la representacion y sustitucion de otras personas en esta clase de relaciones.

Es de notar, por último, que el modo de concebir la obligacion como un poder ó imperio sobre los actos de otras personas, aunque acorde con el espíritu del derecho romano, no solamente es tan parcial y estrecho como la idea ánaloga del derecho real, sino completamente inexacto. Las obligaciones, ciertamente, producen una ampliacion de nuestro patrimonio, pero no por medio de un verdadero poder y dominio, sino por una posibilidad jurídica. Por esto son esencialmente exigencias para la libertad, que ante todo necesita ligarse mediante el vínculo ético-jurídico de la buena fé y hallarse determinada á la accion por cuyo medio han de llenarse. Todo el mundo sabe por la vida práctica cuán importante es la buena y justa voluntad moral para realizar cualquier pretension, aun la que está asegurada por medio de hipoteca; y que la coaccion jurídica, en ocasiones necesaria, sólo garantiza las más veces una eficacia sumamente limitada.

IV. *Orígen y division.*—El orígen y division de las obligaciones de bienes están determinados por las mismas causas y circunstancias que el orígen de las relaciones jurídicas en general (2). Por consiguiente, debemos aplicar aquí á esta clase de obligaciones la division de las obligaciones en general en la forma siguiente:

---

(1) V. p. 32.
(2) V. §. 9.

A. Obligaciones de negocio; negocios jurídicos en forma de obligaciones (1).

1) Obligaciones contractuales; negocios jurídicos bilaterales:

a) Contratos unilaterales (onerosos tan sólo para una parte y beneficiosos para la otra).

b) Contratos recíprocos (onerosos para ambas partes y usualmente llamados, aunque con impropiedad, contratos bilaterales).

2) Obligaciones no contractuales, ó negocios unilaterales.

B. Obligaciones de delito.

1) Obligaciones de delito por *dolo.*

2) Obligaciones de delito por *culpa.*

C. Obligaciones de Estado.

El tratado del derecho de obligaciones, se divide en una

---

(1) El derecho romano hace nacer las obligaciones: 1.°, *ex contractu*; 2.°, *ex delicto*; 3.°, *ex variis causarum figuris*, y subdivide este último miembro, admitiendo, sin razon alguna, la analogía de un contrato ó un delito en los llamados *quasi ex contractu* y *quasi ex delicto.* A su vez, los contratos se dividen en cuatro especies: 1.°, contratos reales; *a)* nominados, *mutuum, commodatum, depositum, pignus*; *b)* innominados, segun las fórmulas *do ut des, do ut facias, facio ut des* y *facio ut facias*; si bien algunos de estos recibieron con el trascurso del tiempo un nombre especial, como el *contractus aestimatorius*, el *contractus suffragii* y el *precarium*; 2.°, contratos verbales, especialmente la *stipulatio*; 3.°, literales; 4.°, consensuales: *a)* compra-venta *(emptio-venditio)*; *b)* arrendamiento y alquiler *(locatio-conductio)*; *c)* sociedad *(societas)*, y mandato *(mandatum).*

Los cuasi-contratos son: *a)* la *negotiorum gestio*; *b)* la tutela; *c)* la administracion de cosa comun; *d)* la administracion de la herencia comun; *e)* la adicion de la herencia, y *f)* la paga de lo indebido. Además de los contratos, habia *pacta,* que en los tiempos antiguos no daban lugar á accion, pero algunos de los cuales, poco á poco y por la autoridad del prétor *(pacta praetoria)* y otros por constituciones imperiales *(pacta legitima)* recibieron esa sancion, mientras que otros la obtuvieron por agregarse á contratos de buena fé.

parte general que expone las teorías fundamentales sobre la obligacion y sus principales modos, y otra especial, que desenvuelve las formas particulares más en uso. Aquí sólo ofrecemos un breve resúmen de ambas (1).

DERECHO DE OBLIGACIONES (PATRIMONIALES).

PARTE GENERAL.

CAPÍTULO PRIMERO.

CONCEPTO, PERSONAS, OBJETO, EFICACIA Y CUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES.

§. 32.—Concepto de las obligaciones y distincion entre ellas y el derecho de obligaciones.

I.—«Obligacion» se llama aquella relacion jurídica entre dos ó más personas, por la cual una de ellas (acreedor, *creditor)* puede pretender (2) una prestacion ó servicio de otra (deudor, *debitor)*. La obligacion dá un derecho personal *(jus in personam)*; pero teniendo su objeto un valor patri-

(1) Las obligaciones patrimoniales pueden clasificarse de la siguiente manera:

A. Nacen de una voluntad:
   1. Justa.
      a) En convencion (contratos).
      b) Sin convencion (cuasi contratos).
   2. Injusta:
      a) De delito.
      b) De culpa.—(A.)

(2) La palabra romana *obligacion*, tiene un triple significado, pues con ella se indica el acto de contraerla, la relacion jurídica misma y el objeto de la pretension.

monial ó económico, por causa del cual puede entrar en el comercio, son trasmisibles en muchos casos á terceras personas y especialmente á los herederos, así la pretension como la obligacion.

II.—El derecho de obligaciones no se ha distinguido hasta hoy convenientemente de la obligacion misma. Ocurre con estos dos conceptos lo mismo que con los de propiedad y derecho de propiedad. La obligacion es ya en sí misma una relacion jurídica, constituida entre personas; pero esta relacion á su vez, se determina, condiciona y modifica de diversos modos por otras relaciones. La razon de esto se halla en que ninguna relacion de obligacion existe abstractamente por sí; antes merced al enlace orgánico de todas las relaciones, está con todas las restantes, biológicas y jurídicas, en una situacion que necesita tambien ser regulada. Por ejemplo, la obligacion contractual de la compra-venta es una relacion de Derecho, que nace tan luego como tiene lugar el acuerdo de las partes sobre la cosa y el precio; y las pretensiones y obligaciones que de ella nacen, tienen por único objeto el pago de aquel precio y la entrega de dicha cosa. Pero en este negocio, se presentan todavia otros elementos; v. gr., el moral, como cuando hay dolo; económico, cuando la relacion entre la cosa y el dinero se halla en contradiccion con el principio de la equivalencia entre ambos (lesion); naturales ó físicos, como la garantía para asegurar la entrega; ú otros jurídicos, como la eviccion. Todos estos elementos no nacen de la mera idea y contenido de la obligacion de compra-venta, que puede bien concebirse sin ellos, segun acontecia en gran parte en el antiguo derecho romano. Así ocurre más ó menos en toda obligacion.

Estas relaciones, que á diferencia de las que internamente nacen del concepto de una obligacion, pueden llamarse exteriores (por expresar la referencia de una obligacion á

otras relaciones que se enlazan con ellas) y que contribuyen á su vez á determinar ó modificar las relaciones internas y las pretensiones y obligaciones que de estas nacen, son objeto de las reglas de esta esfera del Derecho. Pero precisamente á causa de la conexion entre las relaciones interiores y exteriores, hay que concebir el derecho de obligaciones en primer término como un todo de unidad, distinguiendo luego en él, como en el derecho de propiedad, la esfera interna y la externa. Abraza la primera, las relaciones jurídicas (pretensiones y obligaciones) que dimanan de la idea de una obligacion considerada en sí misma; mientras que la segunda comprende la organizacion de todas las relaciones concernientes á una obligacion que depende de ellas en su orígen, subsistencia, eficacia, cumplimiento y terminacion, desenvolviendo por tanto las condiciones de que pende dicha obligacion en todo su curso, desde el principio al fin, y mediante las cuales se determinan, limitan ó ensanchan las facultades y deberes subjetivos de las partes. En este derecho hay que resolver, como en el de propiedad (1), el gran problema de enlazar las obligaciones particulares con todo el órden general de la vida y del derecho, que contribuyen á determinarlas.

§. 33.—Del sujeto, ó de las personas de la obligacion.

En toda obligacion hay necesariamente dos partes: acreedor y deudor. El vínculo obligatorio entre ellas puede, sin embargo, ser de varias clases.

I.—Si se atiende á la relacion misma, hay por un lado obligaciones que por naturaleza engendran en una sóla de las partes una pretension, y en la otra una obligacion, segun acontece en las obligaciones de delito y en muchas de las de

(1) V. p. 183.

negocio, v. gr., en la donacion. Esta clase de obligaciones se llaman *unilaterales*.—Por otro lado, las hay que por naturaleza crean para cada parte una pretension y una obligacion, de suerte que ambas tienen juntamente el carácter de acreedores y deudores, aunque en diversos sentidos: tal acontece en muchos negocios, como la compra-venta, el arrendamiento, etc. Estas obligaciones se llaman *bilaterales* ó recíprocas. De una y otra especie deben distinguirse aquellas que, siendo por su naturaleza unilaterales, originan una obligacion secundaria para el acreedor y han sido denominadas *bilaterales inaequales*.

II.—Si se atiende á los sujetos, pueden éstos ser varios en cada uno de los términos, habiendo diversos acreedores y diversos deudores.—Por respecto á la relacion de varios sujetos, acreedores ó deudores, con el objeto de la obligacion, se distinguen tres casos:

A) Cuando no existe para cada acreedor ó deudor más que una pretension ú obligacion concerniente á una parte del objeto; éste es el caso más general y se llama obligacion *pro rata*.

B) Cuando hay que realizar todo el contenido tantas veces como deudores ó acreedores hay: aquí existe *pluralidad* de obligaciones.

C) Cuando el contenido ha de realizarse una sola vez, aunque cada acreedor puede exigirle y cada deudor ser compelido á ello. Esta es la llamada obligacion *solidaria* en el ámplio sentido de esta palabra, pudiendo existir varios acreedores solidariamente investidos de su facultad, ó varios deudores solidariamente obligados (solidaridad activa ó pasiva). En esta relacion distinguian todavia los romanos dos casos, que los códigos modernos comprenden bajo el mismo nombre, á saber: la obligacion *co-real* y la solidaria en sentido *estricto*.

1) La obligacion *co-real* es aquella cuya razon de obligar es la misma para todos (habiendo, pues, unidad de obligacion en su elemento objetivo), aunque la relacion subjetiva no necesita ser la misma, pudiendo, por consiguiente, existir un *correus pure*, otro *sub conditione*; uno *principaliter*, otro *accesoriamente* autorizado ú obligado. Existe una obligacion de este género entre varios fiadores de una misma deuda, como tambien entre el deudor principal y el fiador.

2) Hay obligacion solidaria en *estricto* sentido, cuando cada uno de los diversos sujetos se halla obligado por una razon independiente y distinta; aunque el contenido de la obligacion sólo tiene que cumplirse una vez y la prestacion de uno liberta al otro. Así acontece en la obligacion de indemnizar que corresponde á los que se han hecho culpables de un delito juntos (donde cada uno es causa independiente y sólo el objeto es el mismo); en la de los co-tutores que administran pro-indiviso, cada uno de los cuales es tambien una causa independiente, etc., etc. El valor práctico de las obligaciones co-reales y solidarias es el mismo en muchos respectos; pero tambien ofrece diferencia. Justiniano concedió el *beneficium divisionis* para distribuir la deuda á prorata entre todos los co-reos solventes de obligacion solidaria, exceptuando á los obligados por delito y á las obligaciones co-reales testamentarias.

§. 34.—Objeto de la obligacion.

El objeto inmediato de la obligacion es siempre un acto del deudor, acto que puede referirse á cosas ó consistir en servicios personales (en hacer ú omitir). El acto necesita: 1) ser natural y jurídicamente posible *(impossibilium nulla est obligatio)*; 2) tener un valor en bienes (valor patrimonial, pecuniario), aunque tambien cabe que no posea más que un

valor de afeccion; 3) hallarse completamente determinado, independientemente del arbitrio del obligado; sin embargo, en las llamadas obligaciones *alternativas*, queda por regla general al deudor el derecho de optar.

La prestacion puede ser simple ó compuesta, segun que consista en un servicio único ó en un conjunto de ellos. Las primeras, á su vez, son divisibles ó indivisibles; aquellas son las que sólo pueden realizarse en totalidad, y las segundas, por medio tambien de actos parciales. Las compuestas, ó constan de servicios homogéneos (v. gr., la obligacion de alimentos), ó de servicios heterogéneos, que es lo más frecuente, y la mayor parte de las veces comprenden obligaciones principales y accesorias. Entre estas últimas, las más comunes son las de pagar intereses, ya legales, ya nacidos de contratos, y especialmente intereses por la demora. La prohibicion del derecho romano de percibir intereses de intereses *(anatocismus)* se ha limitado en Prusia y Austria á la demora de los dos últimos años (1).

El valor pecuniario de un servicio puede ser objeto de estimacíon judicial de dos modos: ya atendiendo á su valor venal *(verum rei pretium)*, ya á su interés completo *(aestimatio ejus quod interest)*; comprendiéndose en este último caso, tanto el daño presente (el llamado *damnum emergens)* como la ganancia que ha dejado de percibirse *(lucrum cessans)*.

§. 35.—Eficacia de la obligacion.

Sólo es perfectamente eficaz una obligacion cuando está protejida por una accion *(obligatio civilis)*, y es imperfecta

(1) En Austria, con arreglo á la ley de 24 de Junio de 1868, pueden exigirse intereses de intereses: 1.º Cuando así se ha convenido expresamente; 2.º Cuando los intereses vencidos han sido reclamados judicialmente.

cuando no cabe reclamar su cumplimiento, si bien puede tener, en concepto de obligacion natural *(obligatio naturalis)*, otros efectos jurídicos, á saber: haciéndola valer por medio de una excepcion, por la compensacion, por la *solutio retentio*, por medio del reconocimiento, por el derecho de hipoteca ó la fianza. Los casos particulares de la obligacion natural resultan, en parte, de la imperfeccion en el orígen de una obligacion, por ejemplo, de la falta de formas del negocio ó de la incapacidad de una persona para obligarse civilmente; v. gr., la del hijo de familia en los préstamos de dinero.

§. 36.—Cumplimiento de la obligacion.

El cumplimiento de una obligacion *(solutio)* consiste en la prestacion efectiva de aquello que constituye su objeto.

Este es el principal modo de extinguir las obligaciones (1): un cumplimiento perfecto supone tambien que el acto se lleva á cabo en su debido lugar y tiempo. Cuando esto último no acontece, nace la negligencia (tardanza, *mora)*, ó sea la injusta dilacion del cumplimiento; dilacion que puede referirse, no sólo al deudor *(mora solvendi)*, sino tambien al acreedor *(mora accipiendi)*, v. gr., rehusando sin razon entregarse del dinero.

Nacen ciertas limitaciones de la obligacion de pagar: 1.°, del *beneficium competentiae*, en aquellos casos donde principalmente por razones ético-jurídicas, (v. gr., entre esposos, hermanos, donante y donatario) ha de dejar el acreedor al deudor los medios necesarios para sostenerse; 2.°, por el *moratorium* ó indulto *(lettre de répit)*, mediante el cual se concede al deudor una suspension de pagos, principalmente por el juez y á veces tambien por el Gobierno; 3.°, por el *beneficium*

(1) V. §. 38.

cessionis bonorum para el deudor que ha perdido sus bienes sin culpa suya.

CAPÍTULO II.

§. 37.—Extension de la relacion obligatoria á terceras personas en su orígen y trasmision.

I. *Consideracion preliminar.*—Ya se ha notado con repeticion (1) que el derecho romano, partiendo de su punto de vista subjetivo, concibe la relacion de obligacion como altamente personal, principio que en verdad modifica en la representacion para obedecer á las exigencias del comercio social, pero que en la trasmision de las acciones ha mantenido en vigor; de suerte que, no el derecho mismo, mas tan sólo su realizacion, es lo que se trasmite; mientras que, por el contrario, el derecho germánico, fiel á su conciencia jurídica, que en las legislaciones modernas ha venido á ser norma decisiva y á su manera más objetiva de entender el fin comercial de las obligaciones patrimoniales, ha admitido una extension de estas relaciones, y especialmente la trasmision de las acciones. El principio romano, que reputan los más de los romanistas (contra Savigny) todavia derecho comun, tambien sostiene en todo caso su plena validez por respecto al deudor, no pudiendo ser, merced á las diversas posibilidades de los servicios, ninguna otra persona obligada sin su consentimiento á ser deudor de un acreedor, mientras que, por el contrario, en la trasmision de las acciones el principio romano debe considerarse suprimido por las modificaciones introducidas por las ideas jurídicas germanas.

II. *Casos de extension de las relaciones de obligacion.*—Los principales de estos casos son:

(1) V. p. 32.

1. La *representacion*, en la cual usualmente, pero sin razon, como ya otros lo han notado, se comprenden los casos de representacion sustitutiva, v. gr., del tutor, que obra verdaderamente *para* el menor, pero no en su lugar. En este caso se distinguen: *a)* la *necesaria*, cuando la ley la prescribe para aquellas personas que no son capaces de contraer por medio de sus propias relaciones obligatorias, ya de exigencia, ya de deuda; en estos casos hay representacion, v. gr., por los padres, tutores, curadores, procuradores, pero no hay sustitucion; *b)* la representacion *libre* en los casos del mandato. Segun el derecho actual, el mandante se halla inmediatamente facultado ú obligado cuando el mandatario ha obrado conforme á sus poderes.

2. En general, no es lícito *adquirir acciones* en beneficio de terceras personas, salvo en los casos de representacion (1) sustitutiva (2). Algunas excepciones hay, sin embargo, entre las cuales se reconoce comunmente la gestion de negocios sin mandato *(negotiorum gestio)*, permitida en ciertos casos, donde el gestor puede contraer obligaciones y acciones en interés de otra persona y sin ser invitado para ello.

3. La *cesion de acciones*, que por derecho romano sólo conducia al abandono de la accion, contiene, segun el derecho actual y las legislaciones modernas (3), una trasmision del derecho mismo de la accion (4). La cesion sólo produce, sin embargo, relacion obligatoria, inmediata, entre el cedente y el cesionario; el deudor *(cessus)* no queda obligado á éste sino en el tiempo en que se hubiese puesto en su conocimiento la cesion. El precepto de la *lex Anastasiana*, segun

(1) El texto dice *Stellvertretung*.—(*N. T.*)

(2) Así lo dispone el Código austriaco, §. 881.

(3) *Landrecht* prusiano, Código austriaco.

(4) La trasmision de obligaciones al portador puede considerarse como una forma de novacion, especialmente como *delegacion*. V. p. 217.

el cual el cesionario que ha comprado una accion, no puede ya demandar al *cessus* por más de lo que él mismo ha dado al cedente, ha sido revocado por el derecho prusiano, el austriaco y aun por el derecho comun de algunos paises (Baviera).

4. La *intercesion* es la libre trasmision de la deuda á un tercero, que entra con el acreedor en una relacion obligatoria. Por esto no hay intercesion cuando la deuda del otro se extingue, ó á consecuencia de un negocio jurídico, v. gr., la adicion de una herencia, necesita trasmitir deudas agenas.

La intercesion se divide en privativa y cumulativa, segun que la persona que hasta entonces era deudora, queda enteramente libre, como acontece en la expromision y delegacion (1); ó que el intercedente adquiere sólo la obligacion de un tercero, como ocurre al contraer una obligacion co-real (con respecto á la participacion de los otros miembros), ó cuando se constituye una hipoteca por deudas agenas, ó en la fianza.

Las limitaciones que el derecho romano establecia por el *S. C. Vellejanum* y la *authentica si qua mulier* han sido eludidos en la práctica comun por diversos medios, (v. gr., por la renuncia) y, merced al cambio que ha experimentado la situacion de la mujer en la sociedad y en la vida, ó se han suprimido enteramente, como en los códigos francés y austriaco, ó considerablemente suavizado, como en el *Landrecht* prusiano.

CAPÍTULO III.

§. 38.—Extincion de las obligaciones.

I. *Idea general.*—La extincion de las relaciones de obligacion puede verificarse por diversas causas, ora dependientes, ora independientes de la voluntad de una ó ambas par-

(1) V. §. 38.

tes. Por sus efectos, hay que distinguir entre las causas de extincion, segun que disuelven la obligacion *ipso jure,* de suerte que al presentarse deja de existir toda obligacion; ó la extingue *ope exceptionis*, pudiendo sólo oponer el deudor á la accion una objecion, y quedando subsistente en este caso muchas veces una obligacion natural.

II. *Causas.*—Las principales causas que extinguen las obligaciones, son las siguientes (1):

A) El *cumplimiento*, que puede ser directo ó indirecto.

1) El primero, ó sea la *paga* en sentido general, es la realizacion de aquello en que la obligacion consistia. La forma más comun de pagar, es la paga en dinero, acerca de la cual ocurren importantes cuestiones relativas al sistema monetario de los Estados (2).

---

(1) Los modos de extinguirse las obligaciones, pueden clasificarse del modo siguiente:

A. Ejecucion:
   1. Directa.
      a) Completa; paga.
      b) Incompleta; cesion de bienes.
   2. Indirecta: compensacion.

B. Por convencion:
   1. Mútuo disenso.
   2. Remision.
   3. Novacion.
   4. Transaccion.
   5. Compromiso.

C. Por imposibilidad:
   1. Por razon del sujeto: muerte de los contrayentes en ciertos casos.
   2. Por razon del objeto: extincion de la cosa.
   3. Por razon de la obligacion misma:
      a) Confusion.
      b) Rescision.
      c) Condicion resolutoria.
      d) Prescripcion.—(A.)

(2) V. sobre esto especialmente á SAVIGNY, *Derecho de Obligaciones (Obligationenrecht,* 1851, t. I, p. 403 á 508).

2) El cumplimiento *indirecto* tiene lugar cuando el deudor, en vez de dinero efectivo, puede dar otras cosas muebles ó inmuebles, estimadas en su valor *(beneficium dationis in solutum)*; tambien especialmente tiene lugar en la compensacion. Consiste ésta en la extincion de una deuda, oponiéndole otra, ora procedente de la misma relacion obligatoria, ora de otra distinta. Son condiciones esenciales para la pretension ó accion que debe producir la compensacion: 1) que se halle cumplido el plazo de la obligacion que se opone, v. gr., que nada *in diem debetur;* 2) la compensabilidad del contenido de ambas obligaciones, la cual sólo cabe en objetos fungibles; 3) que estén liquidados los créditos *(liquidi cum illiquido non est compensatio)*, la cual no debe confundirse con el requisito anterior, sino que consiste en la posibilidad de alegar una pretension su existencia y su contenido, sin un retardo injusto para la pretension contraria.

B) Se disuelven tambien las obligaciones por contrato *liberatorio* ó remisorio: *a)* simplemente, por la renuncia ó remision y, en los contratos, por el *contrarius consensu*; *b)* puede la obligacion extinguida sustituirse por otra nueva, en cuyo caso, el contrato que la extingue se llama contrato de *novacion (novatio)*; *c)* por transaccion y compromiso. Expliquemos algunos de estos diversos modos.

1) La novacion, que debe realizarse intencionalmente *(animus novandi)* tiene dos efectos: suprime la obligacion antigua con todas sus accesorias (v. gr., la fianza) y hace que nazca otra nueva. Puede tener lugar en varias formas, á saber: *a)* cuando cambia la causa obligatoria *(causa obligationis)*, ó se promete otra cosa, sin que las personas cambien, esto es, subsistiendo el mismo deudor y el mismo acreedor; *b)* cuando en lugar del antiguo deudor entra un tercero, lo cual puede acontecer de dos modos: ó de suerte que el nuevo deudor tome sobre sí la deuda del antiguo sin su co-

operacion, pero sí con asentimiento del acreedor, lo cual se llama *expromision (expromissio)* y ocurre frecuentemente en la *negotiorum gestio*; ó de manera que el deudor antiguo, tambien con asentimiento del acreedor, traspasa su deuda á un tercero, lo cual se llama *delegacion*, y en el Código austriaco asignacion, y en el derecho romano constituye una forma especial de mandato, entonces el primitivo deudor recibe el nombre de delegante ó asignante; el nuevo, el de delegado ó asignado; y el acreedor, el de delegatario ó asignatario. Por último, *c)* puede sustituir un nuevo acreedor al antiguo, que traspasa al primero su pretension, lo cual se llama delegacion tambien y se distingue de la cesion de derechos porque necesita que el deudor consienta. Puede considerarse como una delegacion de esta clase el traspaso de títulos de deudas al portador, pues que el deudor ha consentido en esta circulaciòn de antemano (1).

2) La transaccion, que el Código civil austriaco (2) considera como una novacion, es el contrato mediante el cual se extinguen ó reforman por mútuas cesiones, pretensiones litigiosas ó inciertas. Sobre asuntos que no pertenecen meramente al derecho de bienes y tienen al lado de su aspecto privado, otro tambien público, v. gr., sobre la validez de un matrimonio, no cabe transaccion alguna. Es de esencia en la transaccion que muchos principios aplicables á los contratos, v. gr., el relativo á la lesion, no pueden tener lugar en ella.

El compromiso es aquel contrato mediante el cual las partes se someten á la decision de un juez libremente elegido

---

(1) Tambien Walter, *Der. priv. alem. (d. Pr. R.*, §. 258, se inclina á esta opinion, pero permanece indeciso.—V. tambien Unger, *o. c.*, §. 42.

(2) V. §. 1380.

por ellas; los reglamentos procesales establecen los preceptos para estos casos.

C) Los actos *unilaterales* que pueden extinguir la obligacion, son principalmente la renuncia, la revocacion y la rescision motivada.

1) La primera puede verificarse por cada una de las partes en diversos contratos obligatorios (en los de servicios, en el mandato, etc.), y se determina conforme á la naturaleza particular de éstos.

2) La revocacion ó apartamiento de un contrato supone una reserva expresa *(pactum displicentiae)*, la *in diem addictio* en la compra-venta.

3) La rescision motivada tiene lugar, segun la práctica del derecho comun, no sólo en la compra-venta (tanto para el comprador como para el vendedor), sino en general en todos los negocios jurídicos onerosos donde hay lesion enorme *(laesio enormis, l. ultra dimidium)*. El Código austriaco (1) ha confirmado este derecho en toda su extension, cuando no se ha renunciado á él; mientras que el *Landrecht* prusiano sólo la concede al *comprador* de una cosa.

D) *Accidentalmente*, puede terminar una obligacion:

1) Por la imposibilidad de cumplirla, sin que de esta imposibilidad tenga culpa el deudor *(ad impossibilia nulla datur obligatio)*.

2) Por confusion ó reunion del carácter de acreedor y del de deudor en una misma persona, especialmente por causa de herencia.

3) Por la concurrencia de dos causas lucrativas *(concursus duarum causarum lucrativarum)*, cuando el acreedor ha recibido ya por una de estas causas la cosa que le era debida por otra.

---

(1) V. §§. 934 y 935.

CAPÍTULO IV.

PRINCIPALES CLASES DE OBLIGACIONES.

I. Primera clase: obligaciones de negocios.—A) Primera especie: contratos.

§. 39.—Razon y fin de los contratos en el sistema del derecho.

1. La razon ó fundamento del contrato es la misma que la de la obligacion, esto es, la limitacion ó condicionalidad de la vida humana y la necesidad, que de aquí nace, de completarla por los servicios de otras personas; pero se distinguen de otras obligaciones por referirse sólo á aquellos servicios que tienen su causa originaria en convenios voluntarios. Estos convenios son consecuencia de nuestra libertad y autonomía, que en todas las esferas de la vida necesita que se le asegure juego. El fin del contrato es estipular aquellos servicios que estimamos convenientes para algun objeto lícito. Por la convencion debe establecerse un vínculo para que cada persona á quien se promete un servicio pueda contar con él seguramente. La fidelidad en el cumplimiento se halla prescrita por la naturaleza y vida moral y jurídica del hombre, pues sin ella, éste, que en todas circunstancias y relaciones ha menester de los demás, no podria realizar fin ni plan alguno, ni contar con las condiciones al efecto requeridas, y dejaria de ser persona racional, capaz de proponerse cosa alguna para lo venidero y de elegir los medios á ello correspondientes. Por esto, dicha fidelidad es un precepto de

la razon, arraigado en la ética y que abraza todas las relaciones jurídicas voluntariamente contraidas (1).

2. Por respecto á su lugar en el sistema del Derecho, no se limita el contrato, como tampoco la obligacion en general, á las meras relaciones de bienes, sino que se extiende á todas aquellas jurídicas en que el libre acuerdo de las partes entra como elemento esencial. La restriccion del contrato, tan frecuentemente admitida, especialmente por los romanistas (2), á las relaciones patrimoniales, no se justifica, ni por la teoría, ni por la vida práctica. Sin embargo, esta estrecha opinion tiene un fundamento, en parte exacto, á saber: que entre los contratos patrimoniales y los demás hay distincion radical, que la mayor parte de los representantes de las opiniones contrarias, ó sea de las más ámplias, no han conocido ó determinado al ménos convenientemente. Stahl (3) ha distinguido para este fin entre *actos* y *relaciones* contractuales, segun que el contrato, en su más ámplio sentido, se verifique simplemente para fundar la relacion jurídica, la cual queda al punto independiente de él y subsistiendo con sus propias condiciones y leyes, (v. gr., el acto de contraer matrimonio, el *pactum hypothecae,* la tradicion, el acto de esta-

(1) Sobre el profundo fundamento filosófico de los principios que aquí se tocan, véase Röeder, *Der. nat. (Naturrecht oder Rechtsphil.)* p. 314, 325, ó mi *Filosofía del Derecho (Rechtsphil)* p. 533, 545.

(2) Tambien en esta cuestion, Savigny, *Sistema del derecho romano actual (System. des heut. röm. R.*, t. III, p. 309, etc.), ha mostrado su recta y libre manera de ver, al manifestar que "para los contratos como..." "la reunion de varios en una acorde declaracion de voluntad, con la cual se determinan sus relaciones jurídicas..." "debe propenderse á una vasta aplicacion, á fin de que tengan cabida en el derecho internacional, en el político y en el privado y en este, además, en toda clase de modos y relaciones..."; contando el autor entre ellos y fundado en las razones que expone, el matrimonio.

(3) *Filosofía del Derecho. (Rechtsphil),* 3.ª ed., t. II, p. 54; y la mia, p. 534.

blecer una constitucion política), ó que, por el contrario, contiene la relacion jurídica misma, como siendo su causa y fuente permanente (su sustancia); de modo que el cumplimiento siempre se realiza en virtud tan sólo del convenio y en la medida de éste.

Pero, aunque esta distincion descansa en algunos elementos importantes, no es suficiente en realidad, como ya lo muestra la equiparacion del *pactum hypothecae* con el acto de contraer matrimonio. La distincion esencial nace de la diversa relacion de la voluntad, como causa del contrato, con el objeto de éste; y así cabe dividir sencillamente los contratos, como las obligaciones, en patrimoniales y éticos. En los primeros, con efecto, segun la idea de fortuna ó patrimonio, como una cosa sometida al libre poder y disposicion de la voluntad, es esta la que decide principal y definitivamente á los contrayentes con relacion al objeto; mientras que en los otros, la voluntad contractual tiene que dirigirse forzosamente segun el objeto determinado por un fin moral ú objetivamente jurídico. Allí, regula y manda la voluntad subjetiva sobre el objeto; aquí, en realidad, acontece todo lo contrario. Cierto es que corresponde á la libre voluntad resolverse á contratar ó no, por ejemplo, matrimonio con tal ó cual persona; pero una vez verificado el contrato, su contenido, que dimana de la naturaleza ética del matrimonio mismo, ha de ordenar perpétuamente la conducta ético-jurídica de la persona. Así, tambien, al pactar la constitucion de un Estado, no es el elemento decisivo la mera voluntad de las partes contratantes: pues tampoco es lícito considerar este contrato como si versase sobre bienes («sobre café y pimienta», como Burke decia); sinó que tiene que ser ante todo adaptado á las condiciones objetivas y biológicas del Estado, las costumbres y el grado de cultura; y si choca violentamente contra estos elementos y la voluntad

no se muestra dispuesta á modificar su obra, las necesidades de la vida saltan por cima de ella, aunque á la verdad perturbando la conciencia moral y jurídica.—Los contratos patrimoniales y los éticos, deben distinguirse, pues, al modo dicho.

3. El contrato y el derecho relativo á él, se diferencian tambien como la obligacion y el derecho de obligaciones. El primero es ya por sí mismo una forma jurídica; pero el segundo consiste en la ordenacion de todas las condiciones que se refieren al contrato y de que éste depende; dividiéndose igualmente en *interno* y *externo*, segun que regula la relacion contractual en sí misma y en su contenido de condiciones y facultades, ó con respecto á otras relaciones diversas.

§. 40.—Idea del contrato en sus principales elementos.

El contrato es la declaracion intencionalmente conforme de la voluntad de varias personas sobre una relacion jurídica que ha de determinarse entre ellas. Todo contrato perfecto tiene por necesidad un aspecto subjetivo y otro objetivo. Muéstrase el primero en que el contrato no existe sólo, como no existe relacion alguna de derecho, *para* la voluntad, sino tambien *mediante* esta voluntad (y voluntad de varios); y el segundo se refiere al fundamento de derecho (1), el cual, en un contrato referente á bienes, consiste en la aplicacion de éstos, decidida por la voluntad de los contrayentes, con relacion á un fin en el que, á su vez, hay que distinguir entre el término próximo é inmediato y el último á que se aspira (2). Considerado en su série y referido al pri-

(1) V. §. 18.
(2) V. §. 13.

mero de estos fines, la razon de derecho es siempre una trasmision de bienes en forma de negocio jurídico, ya sólo por una parte, (v. gr., en la donacion) ya por ambas (como en la compra-venta). En general, el fin último, excede de la esfera del derecho y pertenece á la de la libertad moral (1).

El fundamento objetivo y el fin inmediato subjetivo, propuesto en la intencion, tienen que distinguirse bien en los contratos, pudiendo existir diversos vicios por respecto al uno como al otro. Así cabe que haya en el fin inmediato falta de conformidad, y sin embargo, á lo ménos, segun el derecho romano (2), se produce una trasmision objetiva de bienes, como v. gr., cuando uno de los contrayentes tiene intencion de donar, y el otro cree recibir un préstamo: pues, objetivamente, la donacion y el préstamo producen trasmision de la propiedad. Así tambien puede estar el fin prohibido por las leyes, donde se suprimen á veces hasta las consecuencias ya nacidas, v. gr., cuando se vuelve á pedir lo que se ha dado, ó puede estar meramente tolerado (v. gr., juegos lícitos, apuestas), pero sin que haya accion para reclamar el cumplimiento. Por otra parte, tambien es posible que, merced á circunstancias objetivas, el fundamento de derecho no produzca sus consecuencias: v. gr., cuando un pupilo *hace* un préstamo á otra persona mayor de edad, á la cual no trasmite la propiedad del dinero prestado, que puede vindicar; mientras que, por el contrario, cuando es el menor quien *recibe* el préstamo, hay trasmision de propiedad y sólo cabe la *condictio.*

En la terminología usual jurídica no suele distinguirse todavia con exactitud entre el fundamento de derecho y el fin, comprendiéndolos ambos bajo la denominacion co-

---

(1) V. §. 13.
(2) A causa de la l. 36 D. 41, I.

mun (1) de «fundamento» y tambien de «causa». De todos modos, ambos constituyen el verdadero contenido ó materia del contrato, á diferencia de la mera forma, que radica en la voluntad, como tal, de las partes. En un contrato perfecto, materia y forma deben reunirse; pero puede tambien acontecer que la forma se separe del contenido, y por tanto del fundamento y causa, apareciendo aislada. Tal ocurria en la estipulacion romana y ocurre hoy especialmente en el contrato de cambio, que por esto ha sido considerado como una «promesa de dinero», independiente de la *causa* material (2); de donde nace tambien una division fundamental de los contratos, en contratos perfectos, materiales y contratos meramente formales. A estos segundos, y particularmente á la estipulacion, es á los que conviene tan sólo la definicion verdadera á medias, de que el contrato es «una promesa aceptada». Por último, la importancia del fundamento ó causa se evidencia tambien práctica y procesalmente: v. gr., una cantidad de dinero tiene diversa importancia jurídica segun se la reclama en virtud de un contrato de donacion, de préstamo, ó de venta.

La distincion del derecho romano entre *contractus* y *pacta* ha desaparecido en las legislaciones modernas, ya que todos los contratos producen hoy accion.

La fuerza obligatoria del contrato no proviene, como entre los romanos, de su forma de verificarse, segun las cuatro especies de contratos reales, verbales, literales y consensuales, sino de la promesa apoyada en la fidelidad (3).

---

(1) V. §§. 13 y 17.

(2) V. Töhl, §. 44, B.

(3) Segun la definicion del derecho romano: *Est autem pactio duorum pluriumve in idem placitum consensus*, dos filósofos que se hubieran declarado conformes sobre una tésis, habrian celebrado un contrato.

En este sentido, todos los contratos son hoy consensuales. No excluye esto que los contratos reales de los romanos tengan en la actualidad este carácter y que se diferencien en sus efectos de aquellos otros, igualmente obligatorios, pero en los cuales se promete sólo un servicio (dar en préstamo, etc.) Para ciertos contratos consensuales puede prescribirse tambien que se reduzcan á escritura (1).

§. 41.—Evolucion del contrato, desde el comienzo hasta su conclusion ó perfeccion.

I. A la verdadera aparicion del contrato preceden á veces otras negociaciones preliminares, como proposiciones, tratos y aun la resolucion de que debe celebrarse un contrato *(pactum de contrahendo)*. Una especie importante de esta clase de pactos constituyen las apuntaciones ó proyectos escritos en que se contienen ya los puntos esenciales del contrato. Segun el derecho romano, ningun pacto de *contrahendo* es obligatorio; lo contrario acontece en el *Landrecht* prusiano y en el Código austriaco (2).

II. En la formacion del contrato pueden bien separarse en tiempo y lugar los dos momentos de la oferta y de la aceptacion. La regla general es que uno de los contrayentes se

(1) Stobbe, en su *Historia del Derecho de contratacion germánico (Zur Geschichte des deutschen Vertragsrechts*, 1855) funda tambien en la fidelidad la fuerza de obligar del contrato, y sienta como principios del derecho germánico las fórmulas siguientes: 1.°, toda promesa, todo contrato, liga las partes y las obliga al cumplimiento; 2.°, todo contrato funda una accion; 3.°, todo contrato celebrado ante notario no sólo funda una accion, sino que se puede probar en absoluto; 4.°, si el contrato no se hace ante notario, depende de la fidelidad ó infidelidad del contrayente reconocerlo ó no, y puede impugnarlo bajo juramento.

(2) *Landrecht*, I, 5, §§. 120-126.—*Cód. austr.*, §. 885.

obligue de antemano para el caso en que el otro conozca su promesa y la acepte de palabra y obra. Las legislaciones modernas (1) establecen sobre él prescripciones más detalladas.

III. La realizacion del contrato consiste en la conformidad intencional de ambas partes, la cual tiene lugar cuando están convenidas sobre todos los puntos esenciales. Falta esta conformidad, principalmente cuando hay los vicios de coaccion física, fraude y error (2). Este último anula el contrato cuando se refiere á sus puntos capitales, á la cosa ó sus cualidades esenciales, al modo del contrato mismo ó á la persona, en el caso en que sus actos tengan influjo decisivo en la naturaleza de la prestacion. Por el contrario, si el error se refiere tan sólo á cosas accesorias, dá únicamente al perjudicado derecho á la indemnizacion.

IV. La conclusion ó perfeccion del hecho del contrato (que debe distinguirse de su ejecucion), tiene lugar tan luego como la voluntad de los contrayentes se ha declarado en debida forma sobre todos los puntos esenciales. La cuestion acerca de cuando un contrato está perfecto, tiene que decidirse segun su naturaleza particular. Contratos hay, como los llamados reales en el derecho romano (*mutuum, commodatum, depositum, pignus*), que no se perfeccionan sino por la prestacion por parte de aquel que debe constituirse en acreedor; mientras que en otros basta la conformidad indicada, y otros exigen todavia una cierta forma (v. gr., que se reduzcan á escritura).

V. El contrato perfecto, considerado en su unidad é integridad, se convierte en inmediato fundamento jurídico de todo cuanto en él se determina y expresa como su consecuencia. Dá, pues, el contrato derecho á aquello que en él

(1) *Landrecht*, I, 5, §§. 90-108, *Cód. austr.*, §. 832.
(2) V. §. 12, I.

se estipula; así, varios contratos dan derecho á la trasmision de la propiedad por la tradicion, á la trasmision de la posesion. Pero como la distincion entre el derecho *á* una cosa y el derecho *en* una cosa está basada en la naturaleza misma, no es conveniente seguir el ejemplo de aquellas legislaciones positivas (v. gr., el *Código* francés) que consideran trasmitida la propiedad por el simple hecho del contrato de venta (1). Si el acto y la ejecucion del contrato se separan temporal y objetivamente, no hay para qué confundirlos en el Derecho.

§. 42.—Division de los contratos.

Pueden dividirse los contratos desde diversos puntos de vista. El derecho romano partia para este fin de las distintas formas de nacer; pero semejante concepcion es parcial y demasiado externa; y en la division deben tenerse en cuenta y expresarse la diferente *naturaleza* de aquellos. Hay, sin embargo, principios de division general y particular que pueden combinarse entre sí.

I.—La division más general de los contratos nace de las diversas especies de relaciones que en la vida se ofrecen. Aun en la esfera privada hay contratos que versan sobre relaciones religiosas, morales, artísticas, científicas y de enseñanza, como los hay económicos ó sea referentes á los bienes materiales, á cuyo órden pertenecen los industriales y mercantiles. Estos contratos ya (2) se han dividido en dos clases principales: *éticos* y *patrimoniales*. Aquí, tratando del derecho de bienes, nos limitaremos á los últimos.

---

(1) Por la ley de 23 de Marzo de 1855, todos los actos de ventas de inmuebles han de inscribirse en el Registro de la Propiedad en Francia, sin lo cual no pueden hacerse valer contra tercero.—(A.)

(2) V. pág. 220.

II.—Los contratos patrimoniales se dividen ante todo:

a) Segun que el fundamento ó fin jurídico se expresa en ellos ó no, en *materiales* y *formales* (1).

b) Segun las dos especies de objetos, esto es, segun que el contrato contiene cosas ó actos (servicios), en contratos *reales* y *personales*—sobre actos personales, en cuanto tienen un valor patrimonial.—Siguen á éstos los *accidentes* en que se enlaza un interés material que puede consistir en cosas (que es lo más frecuente), ó en actos, á un acontecimiento fortuito. No debe confundirse la division de los contratos en reales y de actos con la de Savigny (2) en reales y de obligacion, pues por estos entiende los contratos de que nace inmediatamente sólo el deber de prestar un servicio todavia venidero; y por reales, aquellos por los cuales se adquiere al punto y directamente un derecho en una cosa, como acontece entre los romanos con la constitucion por contrato de la enfitéusis, la superficie, la hipoteca, segun la opinion más acertada, con las servidumbres, y finalmente, con la tradicion que los romanistas modernos (Savigny) consideran como contrato (3).

c) Segun la relacion de los motivos subjetivos de las partes con el fundamento de derecho, ó en otros términos, segun el fin jurídico, se dividen los contratos en *recíprocos* ú *onerosos* (iguales, llamados tambien «bilaterales») y *gratuitos*

(1) V. §. 44.

(2) V. *Sist. de Der. rom. (Syst.* etc., t. III, p. 310).

(3) Nada hay, en verdad, que se oponga á que la tradicion se considere en sí misma como un contrato, á pesar de que no puede ser sino la consecuencia de un fundamento *(causa)* anterior ó simultáneo; por lo cual parece más oportuno considerar el asunto jurídico como un todo, comprendiendo el principio y sus consecuencias. Todo negocio, objeto de un contrato, y aun su mismo cumplimiento, puede envolver varios actos, cada uno de los cuales, considerado en sí mismo, forma un contrato.

(desiguales, denominados «unilaterales»): en los primeros, la aplicacion de los bienes es mútua; en los segundos, se verifica tan sólo por una de las partes en favor de la otra. El principio capital de aquellos es la permuta ó cambio; el de los otros, la donacion, que puede sin embargo tener lugar en otra forma que en la de la promesa ó contrato (1).

d) Segun la relacion posible de los contratos con otras instituciones jurídicas, son *independientes* y dependientes ó *accesorios*, como lo son todos aquellos que sirven para garantizar una obligacion.

e) Por último, segun la relacion que entre sí pueden tener varios contratos, los hay *principales* y *secundarios* (2).

De todas estas divisiones, la primera—hasta ahora pocas veces expuesta—en materiales y formales, es la de mayor interés. A ella deberia seguir más bien la clasificacion objetiva en reales y de servicios (3), que la usual en gratuitos y onerosos, ménos comprensiva que aquella en muchos res-

---

(1) V. §. 13.

(2) Los contratos tambien se han dividido del modo siguiente:

A. Contratos sobre *cosas:*
- 1. Contratos traslativos de la *propiedad.*
  - a. Unilaterales: donacion.
  - b. Bilaterales: préstamo, censo, venta.
- 2. Contratos traslativos del *uso.*
  - a. Unilaterales: mútuo, comodato.
  - b. Bilaterales: préstamo con interés, arrendamiento.

B. Contratos sobre *servicios:*
- 1. Préstamo de servicios: locacion de obra.
- 2. Gestion de negocios agenos: mandato, depósito.
- 3. Gestion de negocios colectivos: sociedad.

C. Contratos *aleatorios:*
- 1. Rentas vitalicias.
- 2. Juego y apuesta.
- 3. Seguro.—(A.)

(3) WALTER, *Der. priv. alem. (Deuts. Privat. R.)* ha puesto tambien en primer término la division objetiva.

pectos, ó se podrian tambien combinar ambas divisiones de modo que la segunda constituyese siempre una subdivision, estudiando en los contratos reales, primeramente los gratuitos y despues los onerosos, y lo mismo en los personales ó de servicios. En el mero resúmen que sigue se mantiene el órden y clasificacion usuales.

Las obligaciones de negocios unilaterales ó sin contrato, se indicarán brevemente en nuestra exposicion.

III.—Las obligaciones de delito y de estado (cuya naturaleza se ha explicado (1) ya) se indicarán tambien en ella (2).

DERECHO DE OBLIGACIONES (PATRIMONIALES).

PARTE ESPECIAL.

§. 43.—Observacion general.

La vida social ha engendrado, especialmente en la esfera de las obligaciones de negocios, ciertas formas para todas las relaciones importantes de esta clase, formas que han recibido nombres especiales. No es lícito, sin embargo, considerar

(1) V. §. 9.

(2) Diferentes veces hemos indicado el íntimo enlace del derecho de bienes, y por tanto, del de obligaciones patrimoniales con las relaciones de economía nacional. Por lo que toca al derecho de contratos, RUDHART, en su obra, todavia tan importante, *Investigaciones sobre la division y formacion de los contratos (Untersuchung über Eintheilung und Stellung der Verträge.* 1811), ha mostrado especialmente esta íntima relacion, partiendo siempre (aunque á veces con falta de exactitud), de los principios fundamentales de economía nacional. Tambien ROSCHER, *Economía nacional, (Nationalökonomie,* 1854, §. 16) observa atinadamente que "en numerosos casos la ciencia del Derecho nos ofrece solamente el externo *cómo*, quedando para la economía nacional determinar el profundo *por qué*."

esas formas como las únicas posibles. Doquiera que cabe imaginar un interés jurídico ó ético-jurídico, allí pueden nacer nuevas relaciones de obligacion ó de voluntad de las partes (1).

De las diversas clases de obligaciones, á saber: de negocio, de delito y de estado, consideraremos ante todo las primeras.

§. 44.—Obligaciones de negocio.—A. Contractuales.— 1) Contratos materiales.

I. *Contratos gratuitos.*—Son aquellos que por su naturaleza y fin sólo imponen cargas á una de las partes, si bien pueden unírseles, en virtud de circunstancias accidentales, (v. gr., por un convenio especial), ciertas obligaciones para el acreedor, hasta el punto de que el derecho romano concedia al deudor una *actio contraria.*

1. La donacion *(donatio)*, que en un ámplio sentido (2) designa todo acto jurídico, merced al cual una persona, por su libre voluntad y sin obligacion alguna jurídica, aumenta de sus bienes el patrimonio de otra (lo que puede además acontecer en todas las esferas del derecho de bienes), es, considerada como contrato, la promesa hecha y aceptada con esa intencion. Así como Justiniano prescribió en las donaciones que excedian de 500 ducados *(solidi)* la protocolizacion judicial (insinuacion), así tambien las legislaciones modernas,

(1) V., respecto á este punto, las importantes palabras de PUCHTA, *Pandectas, (Pand.,* §. 218.) El autor rectifica hasta en la nota, su opinion anterior equivocada, de que cualquier contrato que aparezca de nuevo y no responda á la nocion de cada uno de los casos determinados por el derecho romano, debe clasificarse entre los que se llaman *innominados*, opinion tanto más digna de ser desechada, cuanto que no tiene aplicacion al uso moderno.

(2) V. pág. 99.

á fin de prevenir la precipitacion del donante y los perjuicios á terceras personas, exigen ciertas formas (1) para que nazca accion de esa promesa (2). Segun todas las legislaciones, la donacion puede ser impugnada por determinadas razones y revocada por grande ingratitud. Sus principales modos son la donacion *inter vivos* y la *mortis causa*, cuya perfeccion

---

(1) El *Landrecht*, la forma judicial; el *Cód. austr.*, §. 943, la reduccion á escritura.

(2) Por derecho español la donacion *inter vivos* es irrevocable salvo el caso de ingratitud, ó de que la hiciese de todos ó parte de sus bienes uno que, no teniendo hijos, los hubiese legítimos despues de hecha la donacion. Cuando ésta pasa de cierta cantidad, se exige la *insinuacion*, es decir, la aprobacion del juez y aprobacion de éstos. Segun el derecho francés, toda donacion *inter vivos* debe hacerse constar por escritura otorgada ante notario, para que sirva como prueba del acto. Una persona sin descendientes ni ascendientes puede disponer de todos sus bienes por donacion; pero si los tiene, sólo de una parte de su propiedad, que varia entre tres cuartas partes á una, segun las condiciones de la familia. (Arts. 931 y sig.)

Segun el Código italiano, todos los actos de donacion deben hacerse constar por acto público bajo pena de nulidad; la donacion no puede comprender los bienes futuros y es revocable por virtud de condicion resulotoria, por causa de ingratitud y por superveniencia de hijos. (Arts. 1056, 1064 y 1079.)

El Código de Portugal autoriza la donacion por palabra cuando la acompaña la tradicion y la cosa es mueble. La de inmuebles, por documento privado, si no excede su valor de 50.000 reis, y por escritura pública, si pasa de esta cantidad; declara nula la donacion de todos los bienes sin reserva del usufructo ó que deje al donante sin los medios de subsistencia y revocable por superveniencia de hijos legítimos, siendo casado el donante al hacer la donacion, por ingratitud del donatario y por inoficiosidad.

En Alemania, no obstante lo que dice el autor, no siempre está subordinada la validez de la donacion á ciertas solemnidadee sacramentales. Así, segun el Código sajon solo es necesaria la insinuacion cuando pasa de 1.000 thalers, ó se trata de una renta anual de 50; las inferiores valen, cualquiera que sea la forma. (Arts. 1056 y sig.)

Segun el Código de Zurich, la donacion verbal vale cuando vá aompañada de tradicion.—(A.)

depende de que el donatario no muera antes del donante y que éste no la haya revocado.

2. *Préstamo (mutuum).*—Es el contrato en cuya virtud se entregan en propiedad y para consumirlas, cosas fungibles (individualmente indeterminadas), á condicion de devolver una cantidad igual del mismo género. En el mútuo, y á propósito de las cosas fungibles, se presenta el concepto económico del capital como provision ó acumulacion de bienes; y así como del valor en uso y en cambio de un capital nace la venta, así tambien nace el interés del capital prestado, que, si se estipula, constituye el préstamo á interés. Merced á las importantísimas consecuencias de esta clase de negocios, tan frecuente para la vida toda ético-económica, han introducido las legislaciones, tanto la romana cuanto las modernas, una limitacion en la estipulacion del interés, estableciendo una tasa legal; y aun la Edad Media, siguiendo los preceptos de la Iglesia, apoyados en el Evangelio, confundiendo las exigencias religiosas y morales con el punto de vista jurídico y desconociendo en general la naturaleza de la renta, prohibió el interés como usura, aunque permitió, por el contrario, las rentas ó censos (1) más ventajosos para el

(1) Es singular la intervencion que la Iglesia ha tenido en el desarrollo histórico del censo consignativo. En él se eludian las leyes sobre la usura, y por eso luego hubo de advertirse que si ésta era condenable tratándose del préstamo, debia serlo de igual manera cuando se alcanzaba por medio del censo consignativo. Por esto el obispo de Tréveris hizo saber al Pontífice romano, Martin V, que en su diócesis se imponian censos, cuyo número pasaba ya de 2.000 á razon de 10 á 14 de capital por uno de réditos, y que algunos censatarios se negaban á pagar las pensiones por considerar que semejantes contratos eran usurarios. Martin V, en una decretal dirigida en 1420 á aquel y otros obispos de Alemania, declaró que era este contrato lícito fundándose precisamente en que si eran los censos perpétuos no habria derecho en el capitalista para pedir la devolucion del capital entregado, y si temporales podia redimirlos el censatario, pero no

deudor (1). En nuestros dias, una economía abstracta, fiel

hacer lo propio el censualista. En el mismo sentido resolvió otras dudas Calixto III en 1435, y Nicolás V entre 1447 y 1455, lo habia autorizado á peticion de Alfonso I de Aragon, siempre que no pasase la pension de una décima parte del precio ó capital entregado, siendo de notar que esta constitucion, si bien se dictó sólo para Aragon y Sicilia, se observó en algunos otros Estados.

Debieron continuar las quejas y los escrúpulos respecto á la legitimidad del censo consignativo, puesto que en 1568 publicó Pio V un *Motu proprio*, á que por cierto negó el *exequatur* Felipe II, porque se oponia en varios respectos á la legislacion de España, por el cual, para impedir que continuaran celebrándose esos contratos con infraccion de las leyes canónicas, se dispuso que no se impusieran censos sino sobre bienes inmuebles ó que tuvieran la consideracion de tales, fructíferos y señalados por sus linderos; que el precio habia de ser justo y pagarse íntegro en dinero á presencia de notario que autorizara la escritura y de los testigos de ella, sin que bastase la confesion del recibo; que no podria estipularse el pago anticipado de los réditos, ni el pacto de quedar el censatario responsable exclusivamente del caso fortuito ó el de no enagenar la finca censida ó el de poder ser apremiado por el mismo censatario á la redencion, ó el de pagar laudemio por la enagenacion, ó el de satisfacer intereses por las redenciones que no fuesen pagadas desde su vencimiento, que se extinguiera ó rebajara el rédito cuando pereciera ó se deteriorase la finca gravada; que el censatario que hubiera de redimir anunciara su propósito al censualista con un mes de anticipacion, y que dejando de hacerlo pudiera ser demandado por ello durante un año. Todas estas reglas eran solamente aplicables á los censos nuevos; los antiguos, á diferencia de lo que sucedia en España, eran respetados en la forma en que fueron establecidos. Es notable esta constitucion pontificia, no sólo porque muestra bien los abusos que se querian corregir, sino tambien porque pone de manifiesto las consecuencias á que puede llevar el reconocimiento de ciertos principios respecto de la intervencion de la Iglesia en el órden civil. El *Motu proprio* de Pio V ejerció influjo por lo ménos bajo el punto de vista de la importancia que adquirieron las doctrinas en él desenvueltas, puesto que de ellas se sirvieron los juristas para atacar al censo consignativo, que fué objeto de medidas restrictivas dirigidas sobre todo á limitar la cuantía de la pension, no sólo respecto de los que en adelante se constituyeran, sino tambien de los ya constituidos, de lo cual presenta un elocuente ejemplo la historia jurídica de España.—(A.)

(1) V. pág. 369, t. II.

aliada de ideas igualmente abstractas sobre el derecho y el contrato, persigue doquíera la abolicion de las leyes contra la usura y la libertad ilimitada del interés (1). Pero si es cierto que el tipo del interés, el cual cambia con las circunstancias, no puede fijarse convenientemente por leyes permanentes, existen hoy en todos los grandes Estados ciertos reguladores sometidos á la vigilancia de la opinion y aun del Estado mismo, á saber, los bancos hipotecarios y las instituciones de crédito, cuyo tipo de interés, públicamente admitido, podria servir tambien de medida para los asuntos privados (2).

(1) La tasa del interés es inadmisible porque se parte de un falso supuesto, ó de que aquel es ilegítimo en todo caso ó de que la legislacion tiene los medios de poderle fijar y determinar. Por eso ha venido al suelo esa tasa que era insostenible; pero incurren en grave error los que al explicar así esta como otras libertades, confunden la facultad que garantiza el Estado al indivíduo para que pueda determinar sus acciones y su propia vida bajo su responsabilidad, con el modo en que él debe ejercitarla; puesto que el reconocimiento de la libertad del interés no supone, para decirlo en pocas palabras, que por eso haya desaparecido del mundo el tipo del usurero: significa tan sólo que el Estado renuncia á señalar un límite que es á la vez imposible é injusto, pero que en el ejercicio de este derecho, de esta libertad como en el de todas, el indivíduo está obligado á regirse por principios morales, so pena de hacerse acreedor á las censuras que merece todo el que sustituye aquellas por el egoismo ciego en este como en cualquier otro órden de la actividad. El interés debe ser libre porque segun las circunstancias puede suceder que sea en el hecho moderado uno que parece excesivo y que otro que es en apariencia escaso sea todo lo contrario; pero ni esta libertad ni ninguna otra significan que cada cual haga lo que bien le parezca y bien le cuadre, sin que deba regir su vida por principios morales, y sin que, como consecuencia de todo, cuando de adquirir riquezas se trata, no deba tener otro ideal que el formar, aumentar y acrecentar su patrimonio en el plazo más breve posible y sin otro límite que la ley del Estado.—(A.)

(2) Es esta una opinion que vengo exponiendo desde hace años en mis lecciones y que frecuentemente he opuesto en los ejercicios de Doctor á las ideas reinantes sobre Economía nacional, acerca de cuyas relaciones prácticas comienza ya á dominar una concepcion más despreocupada.

Ante todo, debiera procurarse el desarrollo de instituciones de crédito bien organizadas (no para las especulaciones bursátiles), á fin de que el libre cambio entre los particulares pudiese tener una norma establecida por un poder social tambien libre.

3. *Comodato (commodatum).*—Es el contrato por que una cosa insustituible ó no preferible, esto es, individualmente determinada, se entrega gratuitamente para un uso conforme á su naturaleza ó al contrato, con la obligacion de devolver la cosa misma. Mientras que en el mútuo el interés del mutuatario en usar de aquella sólo se satisface por la trasmision en propiedad, aquí se alcanza idéntico fin por su mera tenencia. El comodato se distingue, por su carácter gratuito, del arrendamiento, que sirve para lo mismo y que en una forma peculiar tiene lugar igualmente en cosas individuales.

4. *Depósito (depositum).*—Las ventajas de este contrato, por el que una persona se obliga á custodiar la cosa que se le entrega, están de parte del depositante. Si se estipula una recompensa, el contrato se trasforma en oneroso. Una de sus especies particulares es el secuestro ó depósito judicial, mediante el que se confia á un tercero la guarda de una cosa litigiosa, hasta que la sentencia resuelva.

5. *Mandato (mandatum).*—Por este contrato se encarga una persona de cuidar de los negocios de otra, distinguiéndose de otros contratos de servicios por la representacion que asume el mandatario, el cual tiene que mantenerse dentro de los límites de su mandato, pudiendo reclamar el pago de los desembolsos que tuviere que hacer, por la *actio m. contraria* de los romanos. En el comercio, aparecen como formas particulares de mandato el mandato de pagar, el de cobrar, la asignacion mercantil, que combina las dos anteriores, y la carta de crédito, esto es, el mandato de abrir un crédito al tenedor de la carta.

II. *Contratos mútuamente onerosos.*

1. *Permuta.*—La verdadera base económica de todos estos contratos es la permuta. Puchta (1) dice por esto con razon: «En general, son contratos de permuta todos aquellos contratos en que cada contratante se obliga á prestar algo equivalente á lo que el otro ha de cumplir.» Pero, en sentido estricto, la permuta es el contrato por que se entrega una cosa á cambio de otra, de suerte que, como Puchta añade, «ambas prestaciones ofrecen á la par el doble carácter de precio y de mercancía». El fin é intencion de este contrato ha de ser siempre la propiedad, no el mero derecho de usar la cosa recibida.

2. *Compra-venta.*—Es el contrato en virtud del cual se recibe una cosa (mercancía) á cambio de cierta suma de dinero (precio). En el derecho romano la intencion se dirigia sólo al *habere licere*; pero en las legislaciones modernas se aspira á la propiedad, en el ámplio sentido de este concepto (2). Sin embargo, conforme la acertada disposicion del *Landrecht* y del Código austriaco (aunque no del (3) francés), la propiedad de la cosa comprada no se adquiere sin la tradicion. Segun el derecho romano, el riesgo y las mejoras tan luego como el contrato está determinado por completo, son de cuenta del comprador; mientras que el *Landrecht* y el Código austriaco (4) atienden al tiempo estipulado para la entrega.

En este contrato se presenta frecuentísimamente el derecho á la garantía tanto contra las faltas jurídicas (eviccion), como contra las físicas (que en Roma se determinaron especialmente por el edicto edilicio): derecho que en general tiene

(1) V. §. 359.

(2) V. pág. 169.

(3) V. art. 1582 del *Cod. Napoleon.*

(4) V. §§. 1048-51.

lugar en los contratos onerosos. Tambien pueden aparecer como relaciones secundarias jurídicas: 1) el derecho de tanteo que, por derecho aleman, se llama tambien retracto y derecho de excluir (1); 2) la reserva de la reventa; 3) la del rescate ó retroventa.

Son especies particulares de este contrato: 1) la compra á prueba, que es una compra condicional, donde, en caso de duda, se supone una condicion suspensiva; 2) la compra sobre la muestra (2), que es compra firme, en que el vendedor se obliga á entregar la mercancía igual á la muestra; 3) las diversas modalidades de este contrato en los negocios de bolsa, en los cuales, entre los particulares, es mucho más difícil distinguir los verdaderos negocios de los juegos de azar; 4) la compra de rentas (3).

3. *Alquiler*.—En el sentido más general, es el aprovechamiento no gratuito de un objeto (bienes, sean cosas sean actos) que posee un valor en cambio y se halla en el patrimonio de otra persona; y debe definirse y distinguirse más al por menor económicamente segun las tres fuentes de riqueza: trabajo, capital y fuerzas naturales.

a) El alquiler de obras es de tres clases, segun que el trabajo consiste: 1) en servicios comunes que tienen un precio usual *(locatio et conductio operarum)*, y cuya importancia recae sobre el trabajo material ó físico; 2) en servicios en que prepondera la inteligencia, pero que tanto ellos como su remuneracion caben dentro sólo de la esfera económica (tales son los de los factores, patrones de barco, comisionistas, etc.); 3) en servicios que sólo bajo un aspecto pertenecen al órden económico, esto es, en cuanto su retribucion material con-

(1) *Näher-Retract* y *Abtriebsrecht*.—(*N. T.*)

(2) "Der Kauf *auf* Probe" dice el autor en el primer caso y "*nach* Probe" en el segundo.—(*N. T.*)

(3) V. pág. 495.

siste asimismo en bienes de fortuna, pero que por sí se hallan fuera de aquel órden, y dimanan de una ciencia ó arte superior (como los del profesor, artista, abogado, médico), denominándose su retribucion aquí «honorarios.»

b) El alquiler, como el uso retribuido de una cosa irrepresentable ó no fungible en concepto de capital (v. gr. una casa, un caballo), es el alquiler en sentido estricto, á distincion del arrendamiento.

c) Es otro el alquiler de fuerzas naturales y capital (un conjunto de bienes) para utilizarlos ambos aplicando el trabajo á la produccion. El arrendatario ó colono se propone como fin la produccion; el locatario, el uso, que lleva consigo más ó ménos algun consumo de la cosa. Muchas veces (1), ambos se comprenden bajo la denominacion comun de «contrato de estabilidad» propia del derecho germánico (2), aunque son esencialmente diversos. Segun el *Landrecht*, inquilino y colono tienen un derecho real sobre la cosa tan luego como adquieren la posesion, ó segun el Código austriaco (3), tan luego como su contrato se inscribe en el registro (4). En el arrendamiento interviene un interés público y económico-social que no es lícito posponer á la arbitrariedad de un contrato. Justamente en los tiempos modernos, en que se han suprimido las anteriores relaciones germánicas de la propiedad territorial, se hace por lo mismo más apremiante someter los arrendamientos, que por idéntica causa son más fre-

(1) V. *Cód. austr.*, art. 1090.
(2) *Restandvertrag.*
(3) V. art. 1095.
(4) Segun la ley hipotecaria vigente en España, art. 2.°, §. 5.°, son inscribibles en el Registro de la Propiedad los contratos de arrendamiento de bienes inmuebles por un período que exceda de seis años, ó los en que se hayan anticipado las rentas de tres ó más años, ó cuando, sin tener ninguna de estas condiciones, hubiese convenio expreso de las partes para que se inscribieran.—(A.)

cuentes, á ciertas leyes generales impuestas por el interés de la produccion y del verdadero trabajador y productor, que es el colono, prohibiendo, v. gr., todo arrendamiento por un tiempo demasiado corto (1).

Una especie particular de arrendamiento, que se refiere al uso y á la multiplicacion de un capital considerado como fungible, es, en el ganado, el contrato germánico de aparcería *(Vichverstellungsvertrag, bail á cheptel, Eisernviehvertrag, contractus socidae, cheptel de fer)*, que consiste en el derecho y la obligacion que adquiere el arrendatario, de devolver al espirar el tiempo de su arrendamiento sólo igual número de cabezas con el mismo valor, pero corriendo á su cargo el caso fortuito (2). Este contrato, que puede ser muy ventajoso para la produccion, es de presumir que recibirá un gran desarrollo en la nueva y libre organizacion económica (3).

---

(1) V. mi *Filos. del Der.*, pág. 512 (de la ed. alem.)

(2) Los ayuntamientos bien organizados, á quienes la circunstancia de haberse ellos mismos administrado con acierto haya proporcionado alguna experiencia, comprenderán lo útil que les seria establecer esta clase de institucionss, como ocurre en muchos puntos de Wurtemberg; pues así resultan siempre más favorables las condiciones del arrendamiento que en las sociedades de especulacion. Sobre el instituto de arrendamiento en el pueblo de *Möhringen*, V. la *Gaceta de Viena (der Wiener Zeitung)*: el *Viajero* (*der Wanderer*), del 18 de Noviembre de 1856.

(3) Los arrendamientos en que está interesada especialmente la agricultura, son: A) *Rurales*, ó de prédios rústicos: B) *Pecuarios*, ó de ganados. El arrendamiento de servicios de jornaleros no es privativo de las industrias agrícolas.

A) *Arrendamiento de prédios rústicos.*—Es contrato por el cual el dueño ó usufructuario de una tierra cede el goce ó usufructo temporal de ella á otra persona, á cambio de una remuneracion. Segun la naturaleza de ésta, se divide en dos clases: *a) arrendamiento* propiamente dicho, cuando el dueño percibe una *renta* anual fija; *b)* arrendamiento parciario ó *aparceria*, cuando el dueño percibe una parte proporcional ó alícuota de los frutos que produce el prédio arrenda-

4. *Contrato editorial ó de publicacion.*—Este contrato, que merced á la diversidad de relaciones extrañas á esta esfera y comprendidas en él, ha sido considerado desde distin-

---

do. Esta segunda forma es ya más bien un contrato de sociedad, y por esto muchos jurisconsultos y algunos códigos (v. gr,, el de Portugal), tratan de la aparceria en el título relativo al contrato de sociedad; y el proyecto de Código civil español de 1851 no le consagra seccion alguna, contentándose con remitir á los contratantes á las reglas generales sobre el contrato de sociedad. Nuestro pueblo lo tiene en concepto de arrendamiento. La parte de frutos que percibe el dueño de la tierra en la aparceria rural, suele ser en España un tercio, y más ordinariamente la mitad (en los Estados-Unidos es frecuente la cuarta parte); en tal caso, se denomina vulgarmente el contrato, de *medial*, á *medias* ó *mediería*, y los aparceros, *medieros* ó *medialistas*. A veces, el precio del arrendamiento en Castilla es un cánon variable segun la cantidad de frutos cosechados y el precio que alcanzan en el mercado. En algunos lugares de la Península es costumbre conceder á los jornaleros tierras frescas pero no regables, destinadas ordinariamente á cereales, para que en ellas cultiven patatas por un año, no sólo sin renta alguna, sino dando el propietario al colono una fanega de trigo, porque la cava profunda que para las patatas ha de dar á la tierra, es un beneficio cuyos efectos permanecen una porcion de años y de que participan por tanto los cereales que el dueño siembra inmediatamente despues de alzada la cosecha de patatas por el arrendatario. En tierras de regadío suele practicarse esto mismo por un sólo año ó por una sóla cosecha, sin percibir remuneracion especial el arrendatario, pero tambien sin pagar renta, porque hace veces de tal la labor que recibe la tierra y que sirve de barbecho para el año siguiente. En otras comarcas, v. gr., en las riberas del Ebro, los dueños de olivares suelen beneficiar directamente por sí los olivos y arrendar el suelo en que están plantados, sirviendo en calidad de precio ó renta lo que los olivos participan de las labores que el arrendatario hace y de los abonos que pone para sus cultivos anuales, con más, algunas veces, el coste del agua: suele pactarse que no han de sembrar cereales ni maiz por ser plantas muy agotadoras. En otras comarcas, v. gr., en algunas vegas del Jalon, el propietario arrienda la tierra susceptible de legumbres ó de cereales, y se reserva la explotacion de los frutales (perales, etc.), plantados en él, por ser cosecha esta de grande importancia allí, y además muy aleatoria, y carecer los arrendatarios del capital que habrian menester para soportar las eventualidades de una helada ó de un pedrisco. Merced á este con-

tos puntos de vista jurídicos, y puede, segun los casos, revestir tambien distintas formas (v. gr., las de sociedad para un determinado negocio, compra-venta, mandato), debe in-

trato, el dueño de la tierra beneficia el arbolado frutal como industria agrícola, libre de los cuidados de la labranza (yuntas, abonos, riegos, etc.), y lo tiene perfectamente vigilado sin gastar cosa alguna en guardería rural.

Las dos formas fundamentales de arrendamiento rústico que quedan enumeradas, se rigen por unos mismos principios sin otras diferencias que éstas: 1.ª En el arrendamiento propiamente dicho, el arrendatario se obliga á pagar el precio fijo estipulado (en metálico, ó en frutos de los que produzca el prédio) á todo riesgo y ventura, lo mismo si recolecta una cosecha abundante, como si la pierde del todo; al paso que en el colonato parciario ó aparcería, el dueño del suelo toma parte en los riesgos de la produccion, siendo su beneficio igualmente variable é incierto que el del aparcero: 2.ª Como consecuencia de esto, en el arrendamiento propiamente dicho, algunas legislaciones (v. gr., la francesa) autorizan al arrendatario para subarrendar en todo ó en parte el prédio arrendado, si expresamente no se le fué prohibido esto en el contrato; al paso que en la aparceria no puede por la ley subarrendar ni ceder el arriendo sin permiso del dueño, á ménos que se haya reservado la facultad de hacerlo al estipular las condiciones del contrato.

Sin embargo, estas diferencias no son absolutas: 1.º Porque si bien la renta, por punto general, es fija en el arrendamiento, no es, sin embargo, independiente en absoluto de la produccion, pues en circunstancias extraordinarias el colono tiene derecho á una remision del todo ó parte de la renta. En el Código civil francés, sólo se admite reclamacion por este motivo si la cosecha se perdió en su totalidad, ó en una mitad al ménos: en tal caso, si el contrato se habia celebrado por un año, la remision es proporcional al daño sufrido; si el plazo era mayor, no procede remision por una cosecha, si el exceso de las anteriores alcanza á indemnizarle de la pérdida sufrida en aquella. En Castilla rigen por la ley de Partidas disposiciones semejantes á esa: si se destruye todo el fruto por causa extraordinaria sin culpa del interesado, inundacion, granizo, langosta, guerra, etcétera, el colono queda exento de pagar la renta; si solamente se perdió una parte, puede optar entre pagar íntegra la renta ó abandonarle la parte de cosecha salvada, descontados los gastos: en vez de esto, suele hacerse por costumbre una rebaja de una tercera ó cuarta parte segun el prudente arbitrio del juez; si el contrato se celebró por varios

cluirse en el derecho de obligaciones de bienes, al cual pertenece por su aspecto jurídico *exterior*. Es aquel mediante el cual el autor de una produccion del espíritu manifestado en

---

años y se pierde la cosecha en uno, pero en el anterior ó en el posterior se recolectaron los frutos en tal abundancia que bastan á cubrir los gastos y la renta de aquel, no se le condona cosa alguna, y el propietario puede reclamar la devolucion de la cantidad remitida ó condonada con anterioridad. Las legislaciones europeas, desde la romana hasta la española, declaran renunciable este derecho del colono; por manera que éste puede tomar el prédio á todo riesgo, aceptando sobre sí los casos fortuitos y obligándose á pagar íntegra la renta, cualesquiera que sean los accidentes que sobrevinieren: no se entiende que la renuncia incluya los casos fortuitos extraordinarios, que rara vez acontecen (inundaciones, guerra, etc.), si no se hizo mencion expresa de ellos: 2.° Porque si bien conforme á algunas legislaciones el colono arrendatario (á diferencia del colono parciario) tiene derecho á subarrendar y á ceder el arriendo, no se libra por esto de responder al cumplimiento de las cláusulas del contrato, en el caso de que falte á ellas el cesionario ó subarrendatario: no es completamente independiente este contrato de toda confianza personal, porque no es igual en todos la idoneidad, la solvabilidad, la honradez: no es indiferente por esto que sea uno ú otro el arrendatario; y hé aquí por qué los dueños de los prédios arrendados suelen reservarse la facultad de consentir ó no los subarriendos. Las leyes vigentes en España sobre arrendamiento prohiben todo traspaso ó subarriendo que no sea con el expreso consentimiento de los dueños ó sus administradores.

En la aparcería á medias ó *medial*, el dueño (al ménos en España) suele poner, además de la tierra, los gastos de contribucion y la mitad de las semillas, cuando son éstas cereales. Esto no obstante, es contrato gravísimo para el cultivador, y una rémora para el progreso de la agricultura, porque mata todo estímulo para introducir mejoras útiles, la consideracion de que ha de partir los resultados con quien no ha coadyuvado á ellos. Por esto vá desapareciendo rápidamente en el extranjero, y aun en España se sostiene con dificultad: *las medias para las piernas*, dice el pueblo en un adagio. Contribuye muy eficazmente á este resultado la falta de confianza entre las dos partes asociadas: el arrendatario tiene interés en ocultar la mayor cantidad posible de productos, á fin de que no entren en la particion: el recelo y la desconfianza hacen vivir en una contínua zozobra al propietario, á quien no siempre es hacedero vigilar ó intervenir la recoleccion. Por todo esto, el contrato de aparcería está llamado á desaparecer.

un material externo, la entrega á una persona, que se encarga de los gastos de impresion y aspira á un lucro en recompensa de su trabajo, á fin de que la publique, esto es, de que

---

La principal obligacion que impone al colono el arrendamiento, es (aparte del pago de la renta ó parte de frutos estipulada) usar el prédio arrendado como si fuera propio, como lo usaria un buen padre de familia, aplicando cada objeto al uso á que fué destinado, y no á otro alguno, poniendo en su conservacion una regular diligencia, cultivando á uso y costumbre de buen labrador, haciendo en sazon oportuna las labores necesarias para que los árboles, edificios y demás cosas de la heredad arrendada, en vez de empeorar, mejoren, estercolando y sembrando como la generalidad y no esquilmando la tierra, reparando los daños y pérdidas nacidas del uso ordinario (no las ocasionadas por vejez, fuerza mayor, ó caso fortuito, sin culpa suya ni de sus criados ó subarrendadores). En Escocia, la paja y el estiércol del año pertenecen al suelo, y pasan por esto á poder del colono entrante sin derecho á indemnizacion por parte del saliente; pero en cambio, al finar el término de su contrato, deberá aquel dejar en la finca otro tanto que recibió. Tambien en Francia, debe el colono saliente dejar la paja y el estiércol del año, si al tomar posesion del suelo arrendado los habia recibido en esa misma proporcion: en caso contrario, el Código civil concede al propietario el derecho de retener ó expropiar dichos productos á precio de tasacion. En algunas comarcas de Aragon, es costumbre abonar el colono el valor de las *sazones*, ó sea de las labores y estiércol que encuentra en la tierra arrendada, y obligarse á dejarla, al término del contrato, con determinada *sazon* (de trigo, cebada, habas, etc.), ó sea preparada con las labores necesarias para el cultivo de determinada planta.

La donacion de este contrato puede ser á cierto tiempo, ó por toda la vida: en derecho romano era lícito celebrarlo á perpetuidad: el Código francés lo prohibe, exigiendo que se haga por tiempo determinado. La agricultura está interesada en que los arrendamientos de prédios rústicos se establezcan á plazo fijo y largo, como de 20 ó 30 años, sobre todo cuando son objeto de ellos, tierras incultas ó de mediana calidad, y susceptible de grandes mejoras. Los arrendamientos cortos no convienen ni al propietario ni al colono, porque con ellos se hace imposible introducir mejoras que aumenten periódicamente la renta de aquel y los productos de éste. Por regla general, los propietarios miran con repugnancia los arrendamientos largos, porque les parece como si enagenaran el dominio útil: para vencerla, se ha inventado la llamada "fórmula de Lord Kames", útil en todo género de

la reproduzca por medios mecánicos en un cierto número de ejemplares destinados á la venta, logrando de esta suerte un doble fin espiritual y económico.

---

arriendos, pero principalmente en los de corto plazo: segun ella, el propietario se obliga á pagar al arrendatario, al fenecer el contrato, diez veces la cantidad que éste le ofrezca como aumento anual sobre la renta que venia pagando, para el caso de que no se preste aquel á renovar el arrendamiento sobre la base del referido aumento.

Hoy los arrendamientos rurales son enteramente libres: las disposiciones contenidas en los modernos Códigos acerca de esta materia, son de carácter supletorio, es decir, que rigen solamente en el caso de que las pongan en vigor los contratantes en todo ó en parte, de una manera expresa ó de una manera tácita. Hace un siglo no sucedia así: en España, por ejemplo, los arrendatarios estaban protegidos con "el privilegio de la tasa, el de no poder ser desahuciados ni aumentárseles sus rentas, el de conceder á los herederos del arrendatario que fallecia la facultad de continuar ó no en el arriendo, el de las moratorias forzosas, la reduccion del precio cuando interesadamente se consideraba inmoderado, y otras." En tiempo de Cárlos III, principió el Estado á relajar las riendas de su autoridad y á restituir á las personas privadas el derecho que les tenia secuestrado de pactar lo que creyesen más conveniente: el decreto de 1813 consagró en toda su plenitud la libertad individual en materia de arrendamientos.

B) *Arrendamiento de ganados.*—Contrato por el cual una de las partes confia á la otra, para que lo guarde y mantenga, ganado lanar, vacuno, caballar, cabrío, de cerda, colmenar, etc., á fin de que utilice sus productos (crias, lana, leche, fuerza, miel, etc.), á cambio de una remuneracion. Lo mismo que el arrendamiento de prédios rústicos, ostenta éste dos principales variedades: *a) arrendamiento* propiamente dicho; *b) aparceria* pecuaria.

a) Arrendamiento de ganados propiamente dicho.—Rige por costumbre en algunas comarcas (v. gr., Pirineo de Aragon: *Derecho consuetudinario del Alto Aragon*, cap. XII): ningun Código extranjero ni ninguna legislacion peninsular lo regula, acaso por su carácter aleatorio, que lo ha hecho caer en desuso. Se justiprecian por peritos, ó de comun acuerdo, las reses ó el rebaño que son objeto del contrato: las obligaciones del arrendatario son: 1.ª Pagar al propietario una renta fija, que ordinariamente es el cinco ó seis por ciento del valor de la tasacion: 2.ª Trascurrido el término del contrato (cinco ó seis años por lo comun), devolverle igual número de cabezas de la misma edad (en términos vulgares, *del mismo diente)* que las que le fueron entre-

La tan debatida cuestion sobre la legitimidad de la reimpresion, debe resolverse prescindiendo por completo del problema de la propiedad en las obras del espíritu (encarnadas

gadas.—Aseméjasele en un respecto el contrato denominado en Francia *cheptel de fer* ó "ganado dado al colono": ocurre cuando uno arrienda á otro una heredad junto con un rebaño ó un cierto número de animales, á condicion de que aplicará á la finca á que están adscritos todo el estiércol que produzcan, y de que al espirar el contrato, dejará en ella ganado de un valor igual al que recibió: el colono percibe todos los beneficios y corre todos los riesgos: se tasa antes de hacer la entrega y á la terminacion del contrato: si resulta un déficit, debe abonarlo el arrendatario: si, por el contrario, se ha obtenido algun aumento, lo hace suyo.

b) Aparcería pecuaria.—El Código francés la consideraba como arrendamiento: el portugués y el proyecto español de 1851, como sociedad. Las dos partes contratantes participan proporcionalmente en las ganancias y en las pérdidas. La proporcion más comun es la mitad, pero con variantes que discrepan sobremanera unas de otras:

1.ª Aparcería en que predomina el carácter de contrato de sociedad.—Cada una de las partes contratantes suministra la mitad del ganado, el cual queda siendo propiedad comun de entrambos. La lana y los aumentos se distribuyen entre ellas por partes iguales. Las leches, los estiércoles y el trabajo ceden en beneficio exclusivo del llevador, ó digamos arrendatario, porque tambien gravitan sobre él todos los gastos. La legislacion civil francesa aplica á este contrato las disposiciones que rigen en la siguiente forma.

2.ª Aparcería en que domina el carácter de arrendamiento.—Una persona confia á otra un cierto número de animales para que los guarde, apacente y cuide, con la condicion de repartirse entre sí los lucros en determinada proporcion: esta proporcion se fija ordinariamente en una mitad. En los códigos europeos, si los animales perecen por caso fortuito, la pérdida es de cuenta del propietario; es ilícita y se tiene por no escrita toda estipulacion que tenga por objeto hacer responsable al arrendatario de la pérdida total ocurrida por caso fortuito sin culpa suya: en tal caso, el aprovechamiento de los animales muertos ó de sus pieles, corresponde al propietario: pero si el ganado no pereciese en su totalidad, se reparte la pérdida entre las dos partes contratantes, teniendo en cuenta para ello el valor que resultó de la tasacion hecha al principio y el que tenga al terminar el contrato: tampoco es lícito estipular que el arrendatario tome en las pérdidas una parte mayor que en los beneficios; los productos de redes, estiércol y

en la materia sensible) y atendiendo sólo tanto al fin económico del negocio amparado por el Estado, cuanto al uso que de cada ejemplar puede hacerse. En el primer respecto, es hoy bastante general la teoría que reputa la impresion como un delito, pero sin indicar la razon y naturaleza esencial de esta peculiar injusticia, pues la ilegitimidad de aquel hecho consiste en el abuso del ejemplar adquirido. Cuando se olvi-

---

trabajo de los animales arrendados, los hace suyos el arrendatario exclusivamente; se reparten la lana y las crias ó aumentos: ninguna de las dos partes puede disponer de cabeza alguna del rebaño sin consentimiento de la otra; el arrendatario no puede proceder al esquileo sin prevenirlo al propietario con la necesaria antelacion para que pueda acudir éste á tiempo á intervenir la operacion por sí mismo ó por sus servidores: de lo contrario sufre una pena pecuniaria.»

Las legislaciones españolas no han regulado este contrato, tan frecuente no obstante, en Santander y Galicia, en la montaña de Alicante, en Aragon, etc. El fin principal que se proponen los contratantes, es, unas veces, obtener grandes cantidades de abono para sus campos; otras, adinerar sus pastos cuando carecen de capital para adquirir ganado; otras, desprenderse del cuidado y administracion de un rebaño por un cierto tiempo, sin ceder la propiedad de él; otras, simplemente ejercer esta industria como especulacion y grangería lucrativa. Las costumbres que gobiernan este contrato en Galicia, son análogas á las antiguas de Portugal introducidas en su moderno Código. En la provincia de Alicante, el arrendador aporta el ganado, el arrendatario sufraga todos los impuestos y pone todos los cuidados: se reparten por mitad la lana y las reses jóvenes nacidas en el rebaño, salvo las que de éstas sean necesarias: en el producto de la venta de las reses viejas ó inutilizadas, participa el mediero ó arrendatario en una proporcion desigual, que aumenta progresivamente desde el primer año, calculándose que al quinto la mitad del rebaño le pertenece en propiedad. En Aragon, tanto en el Alto como en el Bajo, impera tambien el régimen de la aparcería medial ó de mediería, con diversidad de variantes, denominadas *ixarica*, *á medias* simple, á medias y *cuota entera*, á medias y *media cuota*, etc.

Todavia existe otro contrato pecuario regido por los usos de cada localidad, y que no ha logrado penetrar aún en ninguna legislacion: es el contrato de pupilage de animales, denominado en el Alto Aragon *conllóc*, y tambien (*Derecho consuetudinario del Alto Aragon*, página 181), de mulas y bueyes á invernil.—(J. Costa.)

da el fin (al modo erróneo que es uso en la propiedad), se suele otorgar al propietario, y por tanto, al poseedor del ejemplar, el derecho de hacer de él el uso arbitrario que le plazca; mas en el concepto real del ejemplar y del derecho á él referente, no se comprende el de reproducirlo, sino tan sólo el de usarlo aquel individuo hasta donde le es posible, como á nadie es lícito tampoco reproducir billetes de entrada (cosa no enteramente igual, pero semejante). Igualmente el editor, aunque haya hecho suya por compra la obra, no puede, sin embargo, en manera alguna destruirla ó dejar de publicarla, pues que tiene el deber de cumplir el fin real y concreto del negocio. En general, la idea del fin se aplica evidentemente á cada paso en estas relaciones concernientes al órden del espíritu; por ejemplo, las lecciones orales, cuando no se han destinado al público, tampoco es lícito darlas á luz.

5. *Contrato aleatorio.*—En este, se hace depender la ganancia ó la pérdida de un acontecimiento incierto y accidental. Es de dos especies esencialmente diversas por su fin, á saber: contrato de *seguros* contra el riesgo de un daño eventual, y contrato de azar, merced al cual se crea un peligro que en sí no existe. El primero tiene un fin moral y económico, por cuanto tiende á distribuir entre varias personas y casos un daño que se teme sobrevenga por azar; el otro, por regla general, es inmoral, por aspirar á realizar un lucro con el mal que otra persona sufre y por el incentivo con que excita las pasiones más egoistas, como es tambien anti-económico por destruir los verdaderos estímulos al trabajo.

a) El contrato de seguros puede referirse por su objeto, ya á cosas muebles é inmuebles, que no deben asegurarse en más de su valor, como á situaciones y cualidades personales, v. gr., la vida, la enfermedad, la falta de trabajo, subdividiéndose en dos formas: 1) el seguro mútuo y social, donde los asegurados forman entre sí una compañía, caso frecuen-

te en los seguros contra incendios ó sobre la vida, montepíos, etc.; 2) seguro mercantil en la forma de verdadera póliza *(polizza*, que viene de *pollicitatio)*, (1) esto es, de un documento escrito, por el cual el asegurador, sea una persona física ó una asociacion, corre con un determinado riesgo y declara haber recibido la indemnizacion por ello estipulada.

b) Los contratos de suerte ó azar son especialmente la apuesta y el juego, en el cual hay que distinguir entre el juego ilícito y el lícito, segun que preponderan en él el deseo de divertirse y ejercitar las fuerzas, ó por el contrario, el del lucro tan sólo; pero aun en el primero no hay, por regla general, accion para reclamar las deudas en él contraidas. Son verdaderos juegos de azar, las loterías, tantas veces privilegiadas. El juego y la apuesta se hallan por lo comun sometidos á las mismas prescripciones.

Una clase especial de estos contratos son las compras á riesgo en las especulaciones mercantiles (2), cuando se conviene en entregar en cierto tiempo y á un precio determinado de antemano mercancías cuyo curso se halla sujeto á oscilaciones (granos, azúcar, etc.), así como valores en papel. Esta clase de negocios no se reputan ilícitos, si bien muchas veces se abusa de ellos, convirtiéndolos en un verdadero juego de azar. No son otra cosa las *diferencias* en las operaciones sobre valores públicos donde se prescinde en absoluto de toda entrega y sólo se trata de pagar en un dia dado la diferencia entre el precio actual y el de entonces. En realidad es una mera apuesta.

(1) No debe confundirse este contrato con la *policitacion* que tiene lugar cuando una persona ofrece por medio de un anuncio cierta suma ó recompensa al que le dé una cosa determinada ó le preste un servicio dado, y tambien cuando se abre un concurso para una obra, ofreciendo un premio por ella.—(A.)

(2) V. sobre esto á WALTER, *Der. priv. al. (d. Privat. R.)* §§ 360-265.

6. *Contratos accesorios.*—Estos contratos, que tienen por objeto asegurar el pago de una deuda contraida ya, son la prenda, la hipoteca y la fianza. Ya se han expuesto las principales relaciones á que dichos contratos se refieren.

§. 44.bis —2) Contratos formales (1).

Los contratos formales, por oposicion á los materiales, son aquellos en donde la relacion obligatoria se halla separada de sus fundamentos ó causa material (2), no ciertamente en sí misma—lo cual tampoco puede acontecer—pero sí en la intencion de las partes, sea para ellas mismas, sea para un más ámplio fin social; subsistiendo dicha relacion abstractamente como fundamento jurídico formal, del cual nacen inmediatamente derechos y obligaciones. Estos contratos formales (siempre por la intencion de las partes, ó sea idealmente), cuyo concepto estriba en la mera declaracion del convenio, pueden bien revestir forma externa y aun es-

(1) Esta teoría, cuyos más importantes principios y consecuencias todavia no se han fijado y cuyas opiniones son aun hoy confusas y oscilantes, fué introducida primero por Liebe: *la Estipulacion y la simple promesa (Die Stipulation und das einfache Versprechen,* 1840), y despues por Gneiss, los contratos formales *(Die formellen Verträge,* etcétera, 1845). Los pasos más importantes para el establecimiento de los conceptos en este punto se han dado en nuestros tiempos por Bähr en su sólido trabajo: *El reconocimiento como principio de obligacion (Die Anerkennug als Verpflichtungsgrund)* 1855, V. sobre esto Andts en la *Revista crítica, (Krit. Ueberschau),* t. IV, págs. 1 y sig., el cual combate con razon el modo de concebir semejantes relaciones jurídicas como contratos formales. El corto y reciente escrito de Unger: *Naturaleza jurídica de los documentos al portador, (Die rechtliche Natur der Inhaberpapiere,* 1857*)*, contiene relativamente al asunto varias observaciones atinadas, pero se inclina demasiado al derecho romano, planteando cuestiones jurídicas formales sin tocar muy de cerca las verdaderas relaciones mercantiles.

(2) *Causa*, §§. 13 y 17.

crita, ya por voluntad de los contrayentes, ya por exigencia legal (1), de donde se derivan los contratos literales del derecho moderno (2).

Se dividen en dos especies, segun que han de surtir efecto sólo para las partes, entre las cuales se han realizado, ó extenderse á fines más comprensivos, conforme siempre á la mente de aquellas.

Cuestiónase todavia sobre cuáles sean los contratos de la primera clase (individuales). El derecho romano enumeraba la fianza y la expromision; y en los tiempos modernos Bähr ha pretendido incluir en esta categoría el contrato de reconocimiento de deuda, el de liquidacion, el de sentar en cuenta corriente y la novacion, pero sin razon, pues en estos casos queda subsistente la relacion al fundamento de derecho. En general, muy pocas veces hay motivo, en estos contratos de caracter individual, para separarlos de su causa, separacion que, por tanto, ni la ley ni la práctica deberian favorecer.

Otra cosa acontece con la segunda especie de contratos formales ó sean los de cambio ó tráfico, que constan por escrito. Aquí se pueden incluir todos aquellos documentos á la órden y al portador (3), que comprenden una accion por deu-

(1) Unger, siguiendo á Bähr, llama á los contratos formales ideales (ó *begrifflich)*, contratos negativos formales (por la abstraccion de la *causa)*, y á los otros positivos formales, porque segun la ley positiva han de adaptarse á una forma. Yo no considero convenientes estas denominaciones, porque los conceptos positivo y negativo se toman en ella en un sentido que no es habitual, y porque la antítesis que quiere expresar no existe.

(2) De estos contratos formales literales deben distinguirse cuidadosamente los formales materiales en que la redaccion escrita es una condicion para la validez de la accion.

(3) Así Unger, *o. c.*, p. 85, obra atinadamente al colocar dichos documentos entre esta clase de contratos formales. Por lo que á mí toca, entiendo que es necesario limitarlos á los títulos de deuda pú-

das, hacen posible, no tanto una cesion como una delegacion (1) y en los cuales dicho documento no es sólo el medio de prueba, sino el fundamento mismo de derecho formal (2). El más importante de estos contratos es la letra de cambio, que muchos escritores se han empeñado en considerar como una especie de moneda de papel mercantil, pero que bajo su aspecto jurídico debe tenerse por contrato, por más que, atendiendo á su fin, sea un gran instrumento de circulacion para el dinero y desempeñe una funcion análoga á la de la moneda de papel. Distinguiendo así el fin social económico y la forma jurídica, se conciertan ambas opiniones capitales sobre la naturaleza del documento de cambio.

Es éste un documento expedido en forma legal y en que el librador se obliga bajo el rigor de la sancion de la ley referente á los cambios, bien sea á pagar él mismo al tenedor legítimo de dicho documento cierta suma al vencer el plazo (pagaré), bien á hacer que un tercero (3) se la pague (letra de cambio).

Ahora bien; en el cambio aparece la promesa de un pago, separada de su causa («simple promesa de una cantidad,» segun Thöl); el derecho aleman, y con razon, ni siquiera exige se mencione en ella el valor recibido. Sin embargo, aquella separacion no es completa, pues la causa puede declararse

---

blica, pues actualmente se cuentan entre ellos las acciones al portador, que no son susceptibles de entrar de un modo adecuado en una construccion jurídica, ya que son un contrasentido, circunstancia que motivó su supresion en Inglaterra por el *Joint stock companyes Act* de Julio de 1856. Sin embargo, quedaria satisfecha una verdadera exigencia de nuestros tiempos con un tratado jurídico, fundado en un profundo exámen de las relaciones económico-nacionales.

(1) V. pág. 217.

(2) V. pág. 115.

(3) Esta definicion, que tengo por la más exacta, la dá BLASCHKE en su *Der. de cambio austriaco*. (*Österr. Wechselrecht*, 1856.)

en muchas circunstancias, v. gr., entre el librador y el tomador.

La letra de cambio, en la cual se expresa del modo más evidente el encadenamiento de la circulacion de la moneda, puede considerarse tambien como una série de contratos (1) en que cada miembro intermedio, constituido por el endoso y que contiene á su vez una promesa legal de pago, está cubierto por la obligacion de garantizar todos los precedentes.

§. 45.—B. Obligaciones unilaterales ó sin contrato.

Las obligaciones no contractuales de negocios, que nacen de actos jurídicos unilaterales, proceden principalmente de la administracion de la tutela, de la adicion de la herencia y de la gestion de negocios sin mandato, (2) donde la razon de ser de la obligacion para el dueño del negocio no se halla en su voluntad (real ó presunta), ni en el hecho de enriquecerse, que muchas veces no existe, sino en la buena intencion del gestor, (3) autorizada por las relaciones humanas del cuidado y representacion de asuntos agenos. Muchas de

(1) Ocurre con este encadenamiento del comercio social lo que con el enlace de los pensamientos. Así como hay no solamente conclusiones simples, sino que además las hay en série, hay tambien no sólo contratos simples, sino cadenas de contratos.

(2) Lehr en sus *Éléments de droit civil germanique*, lib. III, capítulo II, clasifica estas obligaciones en dos grupos: 1.°, obligaciones que nacen de relaciones de hecho entre las partes, en el cual incluye la gestion de negocios, la comunidad fortuita y la produccion obligatoria de ciertos objetos ó documentos; y 2.°, las obligaciones que nacen de un enriquecimiento ilegítimo, que comprende la repeticion de lo indebido y otras varias. *Condictio de causam datorum, condictio ob turpem causam, condictio ob injustam causam, condictio sine causa.*—(A.)

(3) V. pág. 31.

estas obligaciones no se estudian en esta esfera del derecho, sino en las materias á que corresponden, como la tutela ó las sucesiones.

§. 46.—II. Obligaciones de delito.

Las obligaciones de delito, así las dolosas como las culpables, se reducen en las modernas legislaciones, pues que las penas privadas romanas se han sustituido por las públicas, á la indemnizacion de los daños con relacion al perjudicado. Este fin puede conseguirse, aun en la esfera criminal, por medio de la *adhesion*. Varios cómplices responden *in solidum*. La causa de las obligaciones de delitos se halla en las ofensas al honor (1), en los ataques á la fortuna, en los perjuicios corporales, en la perturbacion de la posesion (2), donde el derecho canónico ha introducido como remedio general la accion de *despojo* (3).

§. 47.—III. Obligaciones de estado.

Las obligaciones de estado se fundan en las relaciones de familia, de herencia comun, de vecindad, del derecho á

---

(1) Lehr *o. c.*, llama la atencion sobre una singularísima disposicion del nuevo Código civil de Sajonia (arts. 1551 y sigs.), segun la cual el que haya tenido relaciones con una mujer no casada, está obligado, si no quiere ó no puede casarse con ella, á pagarla daños y perjuicios en la cantidad que el tribunal determine, en vista de la posicion social de la mujer y de la fortuna del hombre. No tiene tal derecho la mujer cuando es prostituta, cuando antes ó despues se entrega á otro hombre, etc. Es de advertir que para que haya lugar á la indemnizacion no es preciso que este acto haya tenido consecuencias.—(A.)

(2) Además: en los perjuicios causados por funcionarios públicos, en las obligaciones consentidas por virtud de violencias ó amenazas, y en las engendradas por hechos agenos, (daños causados por un animal, por la caida de un objeto, etc.)—(A.)

(3) V. p. 137.

utilizar las cosas, de las relaciones de posesion (edicion de documentos) y del injusto enriquecimiento de uno á expensas de otro. Las obligaciones que dichas relaciones comprenden constituyen una gran parte de la materia que en su respectivo lugar se ha expuesto.

TERCERA DIVISION.

DERECHO DE SOCIEDAD.

§. 48.—Nociones generales del derecho de sociedad.

I. *Su lugar en el sistema del Derecho.*—No es seguramente (1) el derecho de sociedad una mera parte del general de las obligaciones patrimoniales, donde el cumplimiento de las mismas constituye á la par su extincion, ni tampoco un miembro del derecho de contratos ó una de sus especies, por más que generalmente se enumere entre ellos, siguiendo el ejemplo del derecho romano conducido tambien en este punto por la idea de la personalidad individual determinada y por la de su voluntad. Esta tendencia es, en efecto, tan errónea como la que lleva á calificar de relaciones de contrato todas cuantas nacen de él, ó como aquella que pretendiese equiparar la causa productora con la esencia de una relacion, pues de este modo seria preciso comprender el matrimonio entre los contratos, á la manera como los romanistas

(1) Esta subdivision no está exigida por el sistema, puesto que el derecho de sociedad, como perteneciente al derecho privado general, debiera tratarse en una division del derecho de la *persona jurídica*, perteneciendo indudablemente al derecho privado especial el de las sociedades particulares. Sin embargo, se ha establecido esta subdivision para separar el derecho de sociedad tomado en contraposicion al concepto tradicional, del derecho de obligaciones y de los contratos.

sacaron la tutela de su lugar natural en el derecho de familia, colocándola entre las obligaciones de negocios. La idea de sociedad conduce más allá del derecho de obligaciones en su propio y especial concepto (1) de regulador de las pasajeras relaciones patrimoniales, pues que mientras en éste todo vínculo es por naturaleza transitorio, mientras que la intencion es diversa en ambas partes y el cumplimiento conduce á la disolucion, es la sociedad, por el contrario, la *reunion de varias personas para la consecucion de un fin comun por medio de prestaciones sociales.* Segun esta exacta nocion general, la asociacion se puede producir de dos maneras: 1) por contrato, que es la más comun, pero tambien 2) sin contrato entre los miembros singulares, por medio de otras circunstancias ó relaciones de la vida, como por ejemplo, la necesidad que antes y aun hoy mismo existe (2), de que un obrero forme parte de una corporacion; como los hijos son miembros de la sociedad de la familia y como los indivíduos que nacen súbditos de una Nacion pertenecen á la determinada sociedad del Estado, si bien en este último caso se admite, con arreglo á la errónea teoría de los contratos, un tácito acuerdo. La esencia de una sociedad no se determina seguramente por la forma de su orígen, sino por su idea, su objeto y su fin.

II. La esencia jurídica ó el carácter de la sociedad se manifiesta en los siguientes puntos importantes:

1. Por el fin más ó ménos *permanente* y *general*, la sociedad y su derecho exceden de las relaciones jurídicas, individuales y privadas, á la esfera de la vida y derecho público,

(1) V. §. 31.

(2) Los gremios han sido suprimidos; pero rigen las relaciones entre maestros, oficiales y aprendices leyes antiguas y usos tradicionales, salvo en lo referente á fabricantes y obreros, que ha sido regulado en los últimos tiempos.—(A.)

de la cual viene á formar un miembro, de tal suerte, que el fin se manifiesta como una parte constitutiva del sistema de necesidades y fines públicos, y á la vez como un elemento del ordenamiento social público que en cada sociedad especial obtiene un íntimo complemento y afecta una conformacion orgánica.

2. De aquí se sigue que tanto al órden público, como á la riqueza pública tambien, (los intereses) corresponda una participacion ámplia y elevada en la fundacion, constitucion, administracion y disolucion de la sociedad, y que deben ejercer en esos actos un influjo tan grande como el que se les concede sobre las pasajeras relaciones mercantiles. Por esto cada sociedad y lo mismo las personas morales y jurídicas (1), tienen un importante aspecto de derecho público, cuyos diversos grados dependen de la variedad de relaciones que cada clase de sociedad cumple y de la extension de sus poderes y obligaciones. No puede, pues, compararse la actividad ó gestion de una sociedad con la propia determinacion que á las personas singulares corresponde. Pues á éstas, por respeto al principio de la libertad individual y á consecuencia de la dificultad de ejercer sobre ellas vigilancia y de diferenciar, en la sucesion de los actos jurídicos, lo que es moral de lo que no lo es, tienen que consentírseles ó no prohibírseles facultades que no pueden permitirse á una sociedad, cuya administracion se halla sometida generalmente á una vigilancia social y á veces á una autoridad dependiente del Estado.

3. Cada sociedad tiene su constitucion (estatutos) y su administracion.

El antiguo aforismo *pactionem quam sibi velint ferre dum ne quid ex publica lege corrumpant*, garantiza jurídicamente

(1) V. §. 23.

la autonomía y los intereses públicos. Pero no debe olvidarse que segun la actual manera de constituirse las sociedades, en modo alguno proceden de un verdadero contrato ajustado por el conjunto de los asociados, sino que se forman por los llamados fundadores, á los cuales se unen otros (v. gr., por la emision de acciones). El Estado tiene, no obstante, un interés fundamental en que el carácter, si no de igualdad absoluta, á lo ménos de proporcionalidad entre los sócios, no venga á desvanecerse en una administracion ó por unos estatutos, abierta ú ocultamente *oligárquicos*, que reduzcan á palabras huecas las de responsabilidad, desarrollo social y prevision, para lo cual prestan ocasion tan poderosa las acciones al portador (1). Mientras en este punto no se establezcan esenciales limitaciones, las demás normas y disposiciones serán insuficientes, quedando por única garantía la accion del gobierno, á quien, en uso de su derecho de sancionar las decisiones importantes de las sociedades, toca impedir el desarrollo de las direcciones desacertadas. Por lo demás, al gobierno corresponde la conservacion de la *res* y la *lex publica*, en la constitucion y administracion de la sociedad.

4. Además de esto, se crea entre la sociedad y las personas dependientes de ella y que cooperan á su fin una relacion más íntima y estable que la que nace del contrato romano de locacion de servicios, relacion que debe tratarse segun la humanidad del génio jurídico germánico. A medida que crece la importancia de una sociedad, crece el círculo moral y jurídico de la fidelidad que la garantía de los intereses sociales reclama de estos auxilios personales. Por esto, toda sociedad jurídica de bienes deberia, por prescripcion de derecho, fundar á lo ménos una caja de pensiones, y donde fuese

(1) V. p. 730.

posible, tomar á su cargo las viudas y los huérfanos y los socorros en caso de enfermedad y de muerte (1).

5. La teoría de la *societas* romana, para cuyo establecimiento y disolucion se atiende sólo al libre arbitrio de los contrayentes y á su individualidad subjetiva, mientras se desprecian las relaciones objetivas, debe reemplazarse por la idea jurídica de la asociacion ó de la corporacion (2), aunque en forma más templada. A este fin, la organizacion jurídico-moral, establecida en los gremios y maestranzas, puede tambien en nuestros dias aplicarse oportunamente para lo principal por la única forma conveniente de la asociacion.

6. Todas las sociedades constituidas para un fin duradero, deberian enlazarse como miembros de la comunidad del *Estado*, organizándose en sí mismas segun las gradaciones locales (municipio, distrito, círculo, provincia) y formar, segun las ramas principales de los trabajos ú ocupaciones, determinadas autoridades, como consejos, cámaras, tribunales, á fin de conservar la dignidad y los derechos del Estado, guiar los intereses y vigilar la administracion moral y jurídica de todas las asociaciones y corporaciones. Sin embargo, la suprema vigilancia y jurisdiccion debe corresponder á una autoridad oficial.

III. La division de las sociedades coincide en general con la de las personas morales y jurídicas (3), ya que sociedad no es sino la reunion de personas, determinada por un fin, por más que no toda persona jurídica (por ejemplo, las fundaciones) sea sociedad. La division completa y precisa de las

(1) V. p. 424, t. II, nota (1).

(2) Esta cuestion divide aún, no sólo á los jurisconsultos, sino á los códigos alemanes, pues mientras que en la Suiza alemana toda sociedad forma una persona jurídica, ya sea civil, ya sea mercantil, en el Norte, por el contrario, la sociedad como tal no tiene existencia respecto de tercero.—(A.)

(3) V. §. 23.

sociedades es la siguiente: 1) Segun los grados y esferas de la personalidad en la sociedad, abarcando esa misma personalidad humana en sus fines más esenciales: sociedades de *personalidad*. A estas pertenecen el matrimonio y la familia, el municipio, la sociedad del pueblo, la sociedad de los pueblos y la humanidad. En el derecho privado no suelen tratarse, sin embargo, más que el matrimonio y la familia, por más que tambien el municipio tiene su aspecto privado, así como lo tiene la sociedad del pueblo en el Estado, considerado como fisco, y aun la misma sociedad de los pueblos (1). En estas tres últimas sociedades el derecho privado queda absorbido en el público, á causa de ser éste su carácter predominante. 2) El segundo principio de division consiste en la diferencia de los *fines principales de la vida*, diferencia en cuya virtud se constituyen las sociedades de fines, cada una de las cuales atiende solamente á *un* fin, si bien ha de hallarse en relacion orgánica con todos los demás esenciales, y presenta un aspecto jurídico *privado* y otro *público*. A esta clase pertenecen las sociedades: *a)* para fines *religiosos* y con especialidad las vastas comuniones religiosas permanentes ó las *Iglesias; b)* para fines de *Derecho*, la sociedad jurídica ó el *Estado*, el cual puede consentir que se formen dentro de sí, aunque no de un modo permanente, sociedades dirigidas á puros fines de derecho ó á intereses jurídicos, públicos ó privados; *c)* para fines *humanos y morales; d)* para fines de *arte*, de *ciencia* y de *instruccion; e)* para fines *económicos* (agricultura, profesiones, comercio, consumo). Estas últimas sociedades, excepcion hecha de la Iglesia y del Estado, deberian todas coordenarse á los principales *estados de vocacion*.—Las sociedades especiales, principalmente las que presentan relaciones jurídicas, pueden dividirse en

(1) Derecho internacional privado. V. p. 199, t. I y lib. IV, II.

sociedades en las cuales domina el principio *ético*, y en jurídicas de bienes. Trataremos aquí de las últimas de un modo general.

IV. *De las sociedades económicas ó de bienes en particular.*—Las sociedades económicas no encuentran únicamente aplicacion en la esfera del comercio, aunque por lo regular se hallen reglamentadas por el derecho mercantil, sino que se presentan tambien en el campo de la produccion primaria (segun los tres reinos naturales), de la industria técnica y hasta en el del consumo, (por ejemplo, las ligas tan importantes en nuestra época que se organizan para dicho fin.) Todas las sociedades de bienes, (ya sea el beneficio el fin económico ó el medio para un fin superior) se dividen esencialmente en tres especies, segun la responsabilidad de los sócios. Estas son: 1) las *colectivas* donde cada partícipe responde con todos sus bienes, aunque sólo hubiese aplicado á la sociedad una parte de su patrimonio. Por lo demás, hay una *firma*, gracias á la cual la sociedad queda representada en su unidad, y se administra, y en cuanto es posible, se ofrecen seguridades á las terceras personas que celebran estipulaciones con ella; 2) la segunda clase es la sociedad *comanditaria*, en la cual sólo los gerentes están empeñados con todos sus bienes, y los demás partícipes únicamente con los capitales que aportaron; 3) la tercera especie es la sociedad por *acciones*, en la cual cada miembro responde en proporcion tan sólo con su cuota *(accion)*, ante los compromisos contraidos.

Las sociedades por acciones, que á consecuencia del gran desarrollo de las máquinas y de todas las relaciones mercantiles, han llegado á ser una forma necesaria de sociedad y al mismo tiempo la fuerza más poderosa de que hoy se dispone para alcanzar los mayores resultados económico-nacionales, incluye en la forma que le es propia, la posibilidad de gran-

des inconvenientes de derecho privado. Con la supresion de la responsabilidad patrimonial, á lo ménos de los directores, ha desaparecido la más importante garantía moral y jurídica de una prudente administracion, y con el establecimiento de las acciones al portador (donde la analogía con los certificados de deudas al portador se aplica al revés), en completa oposicion al concepto de sociedad, se ha dado lugar á muchos perjuicios (1).

V. El derecho de *sociedad* es el todo que condiciona las normas de la sociedad y las relaciones de todas las partes, en su orígen, subsistencia, eficacia y disolucion. Este derecho es á la vez *interno*, que regula las relaciones interiores de la sociedad, los derechos y los deberes de los miembros, el modo de obrar de la administracion y las relaciones de la misma con la totalidad de los sócios, etc., y *externo*, que regula *externamente* las relaciones de la sociedad, en parte con el Estado, en parte con el público. El derecho de sociedad tiene no sólo un aspecto jurídico *privado*, sino uno *público* tambien. El primero abraza todo cuanto puede ser regulado por la *propia determinacion* (autonomía) de la sociedad, tan-

(1) Con ellas se ofrece especialmente una base para el *juego de bolsa*, y se hace imposible la vigilancia y la legitimacion de los actos ante la junta general, pues que en dos dias pueden crearse centenares de sócios, á fin de poner la votacion en manos de verdaderas máquinas que la hacen ilusoria. La supresion de las acciones (no de los certificados de deudas) al portador es el medio indicado por el Derecho, por la moral y por el verdadero interés económico nacional para que no se tergiverse el verdadero comercio, sujeto por lo demás á fórmulas, (y el comprador, que quiere interesarse sériamente en una sociedad por acciones, se somete de buen grado á ciertas formalidades, v. gr., á la inscripcion de las acciones en el libro de la sociedad) y para impedir la ambicion de la ganancia del juego. Véase tambien mi *Filosofía del Derecho*, pág. 564, donde ya desde la primera edicion (1839) he indicado estos vicios. V. tambien la página 251, nota (3), de este tomo.

to interior como exteriormente; el segundo se refiere al derecho del Estado y á los intereses generales públicos, sobre los cuales debe velar, puesto que le toca custodiar lo mismo las mútuas relaciones entre él y la sociedad, que entre ésta y el público, y además vigilar los intereses comunes de todos los miembros, intereses determinados por el fin de la sociedad. Por consiguiente, es necesario que el Estado establezca en una *ley* general sobre las sociedades, las condiciones fundamentales que deben regir tales relaciones y que examine administrativamente en la formacion de cada una qué condiciones, segun las relaciones especiales, son admisibles para la utilidad general (por ejemplo, en las compañías de caminos de hierro, el trazado de la via, las tarifas, las prevenciones para la seguridad, las condiciones bajo el punto de vista estratégico). El Estado, cuando se trata de grandes sociedades de intereses materiales, sobre todo en las sociedades por acciones, debe tener en cuenta especialmente las esenciales consecuencias deducidas de este importante principio: que aprueba exclusivamente tales sociedades para verdaderos fines económicos, esto es, para las diversas manifestaciones del trabajo (produccion primaria, industria y comercio), por lo cual deben prohibirse, por principio, á las sociedades, todos aquellos negocios que abiertamente ó de una manera oculta descansan en un *juego*, ya que las sociedades no pueden equipararse con los indivíduos, en razon á que á éstos, por la dificultad de vigilarlos, no se vedan cosas que expresamente deben prohibirse á las sociedades (1).

Pasemos ahora al *derecho privado especial* ó sea al dere-

(1) Uno de los escándalos más inícuos á que dan lugar las bolsas modernas, es el de ver sociedades que obtienen una buena parte de sus beneficios por medio de especulaciones sobre la alza y la baja, cosa que se consigue fácilmente por la mucha oscilacion de los efectos, originada por las compras y ventas. V. sobre el *Crédito moviliario* fran-

cho de las particulares esferas de la vida, que en un desarrollo completo deberia á su vez dividirse: 1) en derecho de la *fundamental personalidad* de los individuos, del matrimonio y de la familia, (municipio, sociedad nacional, sociedad de los pueblos) y 2) en derecho de los círculos de actividad (sociedades de fines) ó de las *profesiones;* pues esta division se legitima por la consideracion de que todas las relaciones jurídicas expuestas en el derecho privado general, hallan una aplicacion especial determinada en cada uno de los miembros de ambas esferas de la vida, en todo cuanto dichos miembros encierran de característico en ellos mismos. Sin embargo, aquí, segun las líneas que nos hemos trazado, tenemos que limitarnos al derecho de matrimonio y de familia.

---

cés el artículo, tan moderado como profundo, publicado en la *Revue des deux Mondes*, 1856, pág. 560, donde se asegura que en 1854 dicha sociedad obtuvo los $^4/_5$ del dividendo de semejantes operaciones de bolsa.

PARTE ESPECIAL DEL DERECHO PRIVADO.

SECCION SEGUNDA.

Derecho privado especial ó sea derecho de las esferas particulares de la vida y de sus estados.

CAPÍTULO PRIMERO.

DERECHO PRIVADO DE LAS ESFERAS DE LA PERSONALIDAD.

§. 49.—Derecho de matrimonio y de familia.

El derecho de familia (1) abraza cuatro esenciales relaciones: la conyugal, la de padres é hijos, la tutelar, que sirve de complemento á la de la solicitud paterna, y la económica ó de los bienes materiales, con la que se enlaza el derecho de sucesion.

I. *Matrimonio y derecho de matrimonio.*—El matrimonio (2) es la union libremente contraida por dos personas de

(1) KRAUSE, en su *Filosofía del Derecho*, coloca el indivíduo como miembro inicial en las esferas especiales de la vida, y así deberia comenzar el derecho privado especial de procederse sistemática y exactamente, pues que alcanzan tambien al indivíduo todas las relaciones desarrolladas en el derecho privado general. Pero en esta exposicion enciclopédica ya se manifestó todo lo necesario en el derecho general de las personas.

(2) Como complemento de esta breve exposicion, V. mi *Filosofia del Derecho*, (ed. al.) págs. 571 á 606, y RÖDER, *Principios fundamentales del derecho natural*, *(Grundzüge des Naturrechts)*, págs. 351 á 394.

distinto sexo con el fin de realizar la más íntima y exclusiva comunion de la vida y de las especiales relaciones que de ella derivan (1). Distínguese de todas las demás alianzas sociales en que no se establece para uno ó varios fines particulares ni especiales, sino que en su intimidad abarca todos los señalados en la plenitud de la personalidad humana. Siendo una disposicion de Dios en la naturaleza y correspondiendo bajo un aspecto al ordenamiento de ésta, fué considerado el matrimonio desde época muy remota como una institucion religiosa por los pueblos más nobles, los cuales reconocieron en la monogamia la dignidad moral del mismo, si bien tanto ésta como su total importancia religiosa fué sobre todo concebida por el cristianismo.

Y porque en la esencia íntima del matrimonio se hallan reunidas todas las fases, relaciones y fines de la vida, es indispensable que en su conformacion externa se tengan presentes los aspectos esenciales, atribuyendo á cada uno su propio derecho, segun las condiciones esenciales tambien que cada uno presente. De esta variedad de relaciones resultan, para tratar prácticamente las instituciones del matrimonio, grandes dificultades que han de salvarse gracias á la interna aplicacion de las diversas pretensiones y no con arreglo á un limitado punto de vista total ó parcial. Los principales se expresan á continuacion:

A. Conviene ante todo que se conciba completamente la esencia *ética* del matrimonio, por la cual se determina todo su derecho, y en virtud de esto el de la institucion de que se trata, que ha de establecer firmemente las condiciones de la

---

(1) Con elevado concepto dice el derecho romano del matrimonio: (l. I, D. 23, 2.): *Nuptiae sunt conjunctio maris et foemina et consortium omnis vitae, divini et humani juris communicatio*; (§. 1, I, 1, 9). *Matrimonium est viri et mulieris conjunctio vitae consuetudinem continens.*

celebracion, *duracion* y *separacion* ó disolucion de las relaciones matrimoniales, debe tomar por fundamento las naturales, morales y religiosas de que él dimana. El legislador, cualquiera que él sea, tiene por esto que abrigar la persuasion de que no el arbitrio, ni el mútuo acuerdo, ni la voluntad de la mayoría, sino la naturaleza de las relaciones, es la que ha de decidir y es lo importante, debiendo estirpar, tan pronto como sea posible, toda idea que las consecuencias hagan conocer como errónea en este respecto. Verdad es que aquí la naturaleza de las relaciones es entre las instituciones humanas la más poderosa. Y si ésta puede sostenerse largo tiempo en oposicion con aquella, al fin vendrá la interna disolucion de las relaciones.

B. El aspecto jurídico de las esenciales debe determinarse segun las diversas especies de las *relaciones* de esta institucion, como segun las *situaciones de la personalidad* en sí y para sí, y con respecto al órden público.

1. Segun las especies de las relaciones esenciales las condiciones son: *a)* físicas, como edad, salud y aptitud (generatriz) física; *b)* físico-morales, como consaguinidad; *c)* morales, como el libre consentimiento, la fidelidad; y *d)* religiosas, como la santificacion de las relaciones, primero en la íntima conciencia y fé, y luego por medio de formas religiosas.

2. Segun las situaciones de la personalidad han de observarse ante todo los aspectos *jurídicos*, *público* y *privado* del matrimonio.

a) El aspecto *privado jurídico*, al cual corresponde el círculo de la propia determinacion y de la vida social de los cónyuges, que en ella se apoya, radica en la personalidad moral que constituye el fundamento de toda la relacion y que debe ser respetado por las prescripciones legales. El matrimonio tiene por fin el complemento de la persona en la vida, siendo la personalidad el vínculo que auna, sostiene y

fortifica ó debilita las relaciones; y como el fundamento íntimo de la personalidad es la libertad moral-racional, ésta debe ser consagrada por el respeto á las propias determinaciones de aquella. El aspecto jurídico privado del matrimonio se manifiesta, cuando se trata de sus capitulaciones, por la libertad de establecer independientemente, con tal de que la esencia íntima de aquel no se lastime, las reglas á que han de someterse las relaciones personales y jurídicas, tocante á los bienes materiales, como se manifiesta asimismo en la facultad de juzgar, tambien con independencia, si las condiciones esenciales (v. gr., la fidelidad conyugal) se han violado y han de utilizarse las acciones; en la educacion de los hijos no ménos autonómica, particularmente en lo que mira á la conviccion moral; en una palabra, en aquella vida íntima y propia en la cual ninguna autoridad puede inmiscuirse sin perjuicio del derecho de la personalidad.

b) El aspecto *jurídico-público* está representado por el Estado y tambien por la Iglesia, á pesar de ser ella misma una comunion pública jurídica (1). Al Estado toca principalmente mantener la esencia ética y humana del matrimonio, que tuvieron presente los pueblos bien organizados (griegos, romanos, germanos) antes de que apareciese la Iglesia cristiana, y que constituye todavia la base en todas las confesiones de ésta. Debe preservarle de formas complicadas y estrechas; formular las condiciones naturales, como la edad, en armonía con las climatólogicas del país; señalar los límites extremos de las prohibiciones en las morales-naturales, como el parentesco, y procurar la publicidad de los enlaces por medio de amonestaciones ó proclamas hechas por la Iglesia ó de alguna otra manera. Tambien corresponde al Estado regular en el matrimonio las relaciones entre las diversas con-

(1) V. lib. IV.

fesiones, segun aquellos medios que hagan posible la subsistencia simultánea libre y pacífica de unas y de otras, por el goce de un derecho semejante.—Sin embargo, las diferentes *comuniones eclesiásticas* pueden establecer condiciones para las relaciones matrimoniales segun su particular punto de vista confesional, condiciones que unas veces coincidirán con las formuladas por el Estado; en otros casos serán, por el contrario, limitadoras, y en otros, aunque en pocos, extensivas. A pesar de esto, ninguna Iglesia puede *por sí* atribuir á tales condiciones consecuencias jurídicas *externas* que traspasen el círculo de la comunidad eclesiástica y no se acepten *libremente* por la fé y el sentimiento religioso; pues sólo al Estado, como ordenador general del Derecho, corresponde fijar las condiciones para la existencia del matrimonio y asegurarlas por consecuencias ó medios externos ó coercitivos.

Por la relacion que tiene el matrimonio con el Estado y con la Iglesia, fué siempre indecisa en la ciencia y en la práctica la relacion entre ambas órdenes de la vida, ocurriendo, así en los antiguos tiempos como en los modernos, numerosos conflictos acerca de la ordenacion de las relaciones matrimoniales. Dos sistemas se ofrecen para dirimir esta controversia, cada uno de los cuales, aunque presentando á la vez ventajas é inconvenientes, puede ser más ó ménos oportuno segun las circunstancias y el conjunto de las relaciones de la vida *política* del Estado. El *primer* sistema que, por hallarse desenvuelto en verdadera contemplacion á todas las relaciones esenciales, debe preferirse como norma *fundamental*, es el sistema *mediador*, en el cual el Estado, ya como defensor de la personalidad jurídica privada y de su libre moralidad, ya como conservador de la civilizacion históricamente adquirida y de la moralidad social, ó por otros títulos y miras públicas, concierte las propias exigencias jurídicas con las confesionales de una Iglesia, unas veces en virtud de

un contrato (concordato), y otras por su libre determinacion, elevando á ley las esenciales pretensiones eclesiásticas que considera justas. Para resolver esta importante y difícil cuestion, que interesa á lo más íntimo de las relaciones de la vida humana, debe atenderse á la opinion pública ilustrada y á la moralidad, que hallan una garantía formal no despreciable en los Estados que se gobiernan por el régimen representativo. Un *segundo* sistema que, á lo ménos en este punto, se apoya en el principio de la abstracta separacion de la Iglesia y el Estado, produjo la instituccion del matrimonio civil, la cual existe con todo su vigor en Bélgica y en la América del Norte (1), y algo limitada (2) en Francia (donde, en la ley civil, se conservó la indisolubilidad del matrimonio entre los católicos, cosa que no se hizo en Bélgica), y que hallándose en armonía con las miras políticas de estos países, presenta por su sencillez grandes ventajas. Este sistema, por más

(1) El matrimonio civil existe como forma única y obligatoria, y debiendo preceder al religioso en Francia, Bélgica, Holanda y en toda Alemania desde la ley de 6 de Febrero de 1875. En Italia, la libertad dejada en este punto por el Código civil dió lugar á abusos que motivaron la presentacion del proyecto de ley de 3 Diciembre de 1874. Es á la vez religioso y civil para los ortodoxos, y civil solamente para los heterodoxos, en España, Austria, Portugal, Inglaterra, Suecia, Noruega y Rusia. En Austria procede tambien el civil, aun para los católicos, cuando el sacerdote rehusa celebrarlo por existir un impedimento no reconocido por la ley civil.—(A.)

(2) No se nos alcanza por qué dice el autor que en Francia está limitada la institucion del matrimonio civil, cuando es la forma única y obligatoria para todos, pues la indisolubilidad del vínculo es independiente de aquel, y así como unas confesiones religiosas la consagran y otras no, del propio modo en los paises que han establecido el matrimonio civil, unos la admiten y otros la rechazan.

Admiten el divorcio absoluto: Alemanía, Suiza, Rumanía, Suecia, Dinamarca, Noruega, Rusia, Montenegro y Servia; la separacion de cuerpos ó divorcio relativo: Francia, España, Portugal é Italia; y ambas á la par: Bélgica, Holanda, Inglaterra, Austria-Hungría y Polonia rusa.—(A.)

que en nuestros tiempos resucite dificultades antiguas y manifieste otras nuevas, se tiene como la solucion más simple, si bien *en sí mismo* no es suficiente. En general, para regir toda la relacion desde el principio hasta el fin, será siempre importante atenerse en cuanto sea posible á un justo medio, porque tanto un procedimiento ámplio, como uno estrecho, fácilmente conducen á la desmoralizacion de la relacion misma ó á otras relaciones reprensibles.

Débense vigilar tan sólo las condiciones de celebracion y separacion del matrimonio y preocupar poco su modo de ser *durante su existencia*, pues para la proteccion de ésta distan mucho de tener importancia la mayoría de las determinaciones generales del derecho civil y aun los mismos juicios. Para proteger contra la injusticia y la grosería, á las cuales el sexo débil es las más de las veces sacrificado en el matrimonio, convendria el establecimiento de un consejo de familia (aunque en una forma esencialmente diversa del de Francia) al cual compitiese entender además en las acciones ménos importantes.

II. La relacion *paterna*, que tiene tambien una naturaleza ética, manifiesta su aspecto jurídico en los derechos y deberes del cuidado corporal, en la educacion, en el respeto, en la autoridad y en la obediencia. Este aspecto jurídico se regula de un modo muy variado en las leyes y se garantiza, ya por el derecho de coaccion y de castigo en ciertos límites, ya en virtud de acciones, valederas ante el juez, contra el desconocimiento ó la extralimitacion del Derecho. Tambien estas relaciones hallarian su proteccion más conveniente ante un consejo de familia.

III. La *tutela*, que esencialmente es una sustitucion de la solicitud paterna especialmente para la representacion del pupilo en las relaciones jurídicas y para la administracion de sus bienes, se rige por el principio jurídico germánico que

ha modificado de un modo importante al derecho romano, desde que tuvo lugar su recepcion. La diferencia romana entre la *tutela impuberum* y la *cura minorum* ha caducado. La tutela, que puede ser determinada por la ley, por el testamento, por el juez y hasta por el contrato, tiene tambien un doble aspecto jurídico, *privado* y *público*; este último recibió especialmente su desenvolvimiento por la institucion germánica de la tutela superior del Estado.

IV. Sobre el *derecho de bienes* de los cónyuges (1), domi-

(1) Los sistemas actualmente usados en Alemania son aún muy numerosos y muy varios, pudiendo reducirse á tres tipos: 1.°, aqnel en virtud del cual los bienes de los esposos quedan distintos en cuanto al marido y á la mujer, pero forman una masa única respecto del tercero, teniendo el marido la administracion y el disfrute en los bienes de su mujer; 2.°, el de comunidad, que segun los paises es más ó ménos absoluta, y en el que los bienes de los esposos se confunden en una sola masa, así con relacion á ellos mismos como al tercero; y 3.°, el sistema dotal romano, con las modificaciones introducidas por el derecho aleman. El primero, que era en otro tiempo el universalmente adoptado, prepondera todavia en una gran parte de Alemania, en Austria y en Suiza. (V. Lehr, *ob. cit.* lib. IV, cap. II.)

En Francia, los cónyuges pueden organizar la propiedad de la familia como lo juzguen oportuno, regulando el Código los dos sistemas de comunidad y dotal, el primero de ellos con ocho variantes.

En España el régimen del *derecho comun* es una combinacion del sistema de gananciales y del dotal, y existen los bienes parafernales en que la mujer conserva la propiedad y la administracion. En Cataluña no se conoce la *sociedad legal*. En Aragon los cónyuges pueden estipular lo que estimen oportuno respecto de sus bienes, regulando el fuero la sociedad legal cuando no hay convencion entre los esposos. En Navarra existen la dote romana, los bienes parafernales y el sistema de gananciales ó *conquistas*; en Vizcaya rige el sistema de comunidad que es completa cuando hay hijos.

En Italia la asociacion conyugal relativamente á los bienes, es regulada por las convenciones de las partes y por la ley, la cual estatuye tres sistemas: el dotal, el de bienes parafernales y el de comunidad, que no puede ser más que de gananciales.

En Portugal, los esposos pueden estipular libremente sobre este punto, y si no lo hicieren, se entiende que adoptan el sistema que es

nan hoy los sistemas ya indicados (1).

§. 50.—Derecho de sucesion.

El derecho de sucesion se enlaza oportunamente con el de familia, ya porque la sucesion dentro de ella es la más natural, ya tambien porque en la sucesion testamentaria son de importancia los deberes y consideraciones hácia los próximos parientes.

I. *Derecho de sucesion en general.*—El derecho de sucesion establece las condiciones bajo las cuales el patrimonio de un difunto, ya se considere dicho patrimonio como un todo, segun el derecho romano, ó en vista de los objetos individuales que comprenda, como el antiguo derecho germánico (2), ó de ambos modos á la vez, se trasmite á otra persona. El derecho de sucesion *actual*, lo mismo el comun que el formulado en los nuevos códigos, es una mezcla de los principios jurídicos, romanos y germánicos, habiendo estos últimos influido las más de las veces para modificar y completar dichos códigos.

El fundamento *filosófico-jurídico* del derecho de sucesion (3), en sus dos formas principales, la intestada y la testamentaria, que el antiguo derecho natural rechazó, se halla, para la primera, en el íntimo *vínculo de familia*, en la convivencia y á menudo tambien en la adquisicion comun, en la inclinacion moral natural y asimismo en la *obligacion* jurídi-

costumbre del reino, que es el de comunidad en todos los bienes presentes y futuros, salvo los exceptuados por la ley. El Código regula además el de separacion, el de gananciales y el dotal.—(A.)

(1) V. p. 372, t. II.

(2) V. p. 374, t. II.

(3) V. mi *Fil. del Der.* (ed. al.), p. 600, y RÖDER, *Derecho natural (Naturrecht)*, p. 289.

co-moral de establecer una base material para la conservacion de los bienes despues de la muerte; y para la segunda forma, en el derecho de la *propia determinacion* de la personalidad individual respecto de sus bienes, derecho que ejercita á menudo durante su vida con efectos que *trascienden* de ella y que puede aplicar en el momento de la muerte á determinados fines, si bien estando sometida en este último caso hasta por la ley, gracias al sistema de las *legítimas* (1), á la *obligacion* moral y jurídica hácia los próximos parientes. El derecho de sucesion intestada ó legal, que fué el primitivo entre los romanos y los germanos, tiene un fundamento natural más profundo que el testamentario, y es un concepto erróneo, puramente individualista, traido por los romanos desde larga

(1) Las legítimas existen en todos los pueblos de Europa sin más excepcion que Inglaterra y Navarra, y si se busca su abolengo, se encuentra que en unos es romano y en otros germano; pero si atendemos á su relacion con otras instituciones jurídicas y al sentido con que, por lo general, las mantienen los códigos modernos, bien puede asegurarse que se inspiran en la primera de aquellas dos legislaciones. En efecto, las legítimas en la germana eran una consecuencia de la co-propiedad de la familia, de este principio y de este hecho que explica la ausencia del testamento de que habla Tácito; mientras que en Roma, segun el derecho imperial, aparecen como una limitacion puesta á la libertad de testar é inspirada en el deseo de evitar el abuso de esta facultad por parte del testador. Ahora bien; ¿cabe sostener que sean hoy consecuencia de la co-propiedad de la familia, cuando de hecho ya no existe, y cuando en principio es incompatible con la emancipacion del hijo por edad, hoy generalmente admitida? Las legítimas tienen hoy por objeto, como ha dicho M. Gide, *consagrar, erigir en obligacion civil* los deberes que dicta el efecto y que impone la naturaleza. De aquí la gran variedad en el modo de regularlas los códigos, pues unos sólo las conceden á los descendientes (Aragon, Escocia, Friburgo, Neuchatel, Dinamarca y Noruega); los más á descendientes y ascendientes (Francia, Holanda, Bélgica, Portugal, Castilla, Cataluña, Austria, Prusia, Soleure, Lucerna, etc.), y algunos á los colaterales más ó ménos lejanos (Glaris, Appenzell, Zurich, Grissons, Valais, Suecia), á los hijos naturales (Italia, Glaris, Valais), y al cónyuge (Italia, Escocia, Sajonia, Glaris, Appenzell, Zurich).—(A.)

fecha, y aceptado por el mismo Savigny (1), el de que la sucesíon intestada deriva de la tácita voluntad del difunto y vale como testamento presunto (2).—La sucesion *por contrato*, que fué desenvuelta por el derecho germánico posterior y que halló grande aceptacion á los ojos del antiguo derecho natural (á causa de la preferencia por la forma contractual), se funda en el más débil de los principios: el derecho romano la rechazó: los códigos austriaco y francés la admiten solamente en los contratos de matrimonio; el derecho territorial prusiano la acepta sin esta restriccion.

II. *Clases de derecho de sucesion.*—Ante todo es preciso: 1) distinguir el derecho civil *general* de sucesion del derecho de sucesion que procede de especiales relaciones y *estados*, v. gr., de la nobleza, de la clase agricultora (3). 2) Con respecto á la herencia es la sucesion, *universal*, cuando comprende toda la herencia ó una parte fraccionaria (una cuota) de ella, ó *singular*, si consiste solamente la herencia en objetos particulares. De aquí que en las reglas del testamento se distingue (4) el sucesor del difunto de un simple

(1) *Sistema del derecho romano actual (Syst.)* I, §. 57.

(2) La facultad de disponer de los bienes *mortis causa* tiene el mismo fundamento que la de disponer de estos por actos *inter vivos*, pudiendo decirse que es uno de estos, el último, la disposicion para despues de la muerte; de donde se sigue que, en principio, la sucesion testamentaria es antes que la *legítima ó abintestato*, al contrario de lo que sucede en el desarrollo histórico del derecho, segun hemos visto. Las legislaciones modernas tienden á reconocer aquella prelacion, por lo mismo que la propiedad de *familia* camina á hacerse *individual*, y tanto como cuadra el testamento á ésta es hasta incompatible con aquella. Por esto los países que conservan más elementos tradicionales de orígen germano, como Alemania, contínuan aún considerando como regla general la sucesion legítima, caso en que se halla tambien Francia, mientras que en los demás lo es la testamentaria y por eso la otra se llama propiamente *abintestato*.—(A.)

(3) V. p. 376, t. II.

(4) Cód. austriaco, §. 532.

partícipe en la sucesion (legatario). Con arreglo á los principios jurídicos, el derecho de sucesion se divide en derecho de sucesion intestada ó legal, testamentaria y por contrato.

III. Es importante la *relacion* que en un derecho positivo deben guardar una con otra la sucesion intestada y la testamentaría, á la cual se enlaza la hecha por contrato. En el derecho romano el testamento es el principal y primero, y la sucesion intestada solamente manifiesta algunos efectos en favor de los herederos necesarios; mientras que, segun el concepto germánico, el derecho de sucesion intestada constituye la base (1) y se consideran los herederos *abintestato* como los principales, conservando los derechos de éstos su fuerza, *al lado* de un testamento, cuando no ha dispuesto de toda la herencia. Aquí se enlaza íntimamente la máxima romana: *nemo pro parte testatus, pro parte intestatus dece-*

(1) En efecto, mientras que en Alemania sigue, por lo general, considerándose la sucesion legítima como la regla general y la testamentaria como la excepcion, el Código portugués (art. 1968) y el italiano (720), declaran que aquella tiene lugar á falta de ésta, y á pesar de la fuerza que aún conserva la co-propiedad de la familia entre los eslavos, igual declaracion hacen el Código ruso (1104) y el báltico (1703). El de Napoleon se inclina manifiestamente del lado del derecho germánico bajo el influjo del *droit coutumier*, como lo demuestra el que, por testamento, sólo pueden hacerse en rigor legados, el discutirse sobre la materia general de sucesiones al tratar de las intestadas, la division de los herederos *abintestato* en legítimos (descendientes, ascendientes y colaterales) é irregulares (hijos naturales, cónyuges y Estado), la posesion que por ministerio de la ley se dá en los bienes á los primeros y no á los segundos y la injusta disposicion por virtud de la cual se divide la herencia entre los ascendientes de una línea y los colaterales de la otra, dando lugar á que uno de aquellos de primer grado parta la herencia con uno de éstos del 12.º Pero la tendencia manifiesta de las más de las legislaciones modernas, es dar la prelacion á la sucesion testamentaria, y de aquí que digan los autores que la *legítima* es propiamente *abintestato*, esto es, que no se deriva de la co-propiedad de la familia, sino de la presunta voluntad del difunto.—(A.)

dere potest, que expresa con exactitud la imposibilidad de que respecto de una misma herencia pueda tener lugar la sucesion testamentaria y la legal, cosa que ha suprimido la costumbre germánica en varios derechos particulares y en los nuevos códigos (1), por más que en el *Landrecht* prusiano y en el Código austriaco alcance el primer lugar.

IV. En la sucesion intestada ó *legal* es de la mayor importancia el *órden de suceder* (2). Tocante al derecho comun está

(1) Así lo reconocen casi todas las legislaciones, unas implícitamente, otras explícitamente. Sin embargo, no falta quien sostiene que todavia rige y regirá necesariamente el principio *nemo pro parte testatus et pro parte intestatus decedere potest*, fundándose en que es una consecuencia lógica de la indivisibilidad de la representacion de la persona del difunto por su heredero, la cual no es posible dividir puesto que éste reemplaza á aquel *in universum jus*, de donde deducen que no pueden darse simultáneamente un heredero legítimo y un instituido, aunque sí un heredero y un legatario que no es más que un sucesor en los bienes. Pero, en primer lugar, no cabe entender la indivisibilidad de la representacion en un sentido literal; porque entonces no podria haber más que *un* heredero, como sucedia en el comienzo de la historia de todos los pueblos; y en segundo, el hecho es que en todas partes pueden suceder en los bienes conjuntamente herederos, testamentarios y *abintestato*, por más que en el Código Napoleon se llama á los segundos legatarios universales. Ni tampoco vale argüir con que alguien ha de tener la representacion del difunto, desde el momento en que pueden alcanzarla los legatarios cuando no hay herederos ó cuando toda la herencia se divide entre ellos.—(A.)

(2) El Código Napoleon (arts. 745 y siguientes) llama á los descendientes, ascendientes y colaterales: los primeros con derecho de representacion, los segundos dividiendo la herencia por líneas, concurriendo los padres con sus hermanos y sus descendientes, y los terceros dividiendo tambien aquella por líneas, extendiendo el derecho hasta los parientes de duodécimo grado y pudiendo darse el caso de que se reparta entre uno de éstos y un ascendiente, en lo cual, así como al llamar despues de todos los parientes al hijo natural y al cónyuge, muestra que no se basa el órden de llamamientos en la presunta voluntad del difunto. En Italia (736 y siguientes) suceden por este órden: descendientes; padres en concurrencia con los hermanos, heredando por cabezas, debiendo recibir aquellos un tercio por lo ménos; padres ó hermanos y sus descendientes; hermanos y sus descendientes colaterales,

dicho órden determinado por la Novela CCXVIII, en la cual Justiniano, con la supresion de la antigua antítesis entre

---

hasta el décimo grado; patrimonio del Estado. En Portugal (1969 y siguientes): descendientes, ascendientes, hermanos y sus descendientes, colaterales hasta el décimo grado; la Hacienda nacional. España, derecho comun: descendientes, ascendientes, colaterales hasta el cuarto grado, hijos naturales en la sucesion del padre, cónyuge, parientes hasta el décimo grado; el Estado. En Cataluña concurren con los ascendientes los hermanos germanos; en Aragon rige el principio: *los propios no suben*, y allí como en Navarra y Vizcaya está consagrado el derecho de troncalidad. En Alemania y Suiza, unos países siguen el derecho romano (Sajonia, 2026; Argovia, 876; Berna, 618; Soleure, 535), y otros el germano, haciendo los llamamientos por líneas (Lucerna, 401-408; Grissons, 409; Zurich, 1928; Austria, 731). En este caso forman la primera línea ó parentela los descendientes; la segunda, los padres y sus descendientes; la tercera, los abuelos y los suyos, etc. El Código de Austria llama hasta los de la sexta línea, esto es, los cuartos abuelos y sus descendientes, siendo siempre preferidos los ascendientes de ella á los descendientes y subdividiéndose la herencia por ramas, por ejemplo, entre las de los cuatro abuelos, y cuando una se extingue pasa la herencia á las otras y cuando todas, á la línea ó parentela subsiguiente. En Inglaterra hay que distinguir los bienes reales de los *personales*. En aquellos rigen el principio de masculinidad y el de primogenitura, aunque éste no respecto de las hembras, y son preferidos los ascendientes paternos á los maternos. De este principio es una excepcion la costumbre llamada *gavelkind* del Condado de Kent, segun la cual heredan todos los hijos por igual, y la denominada *borough english* que rige en algunas comarcas, segun la que hereda el más jóven. En los *personales* sucede en un tercio la viuda y en los otros dos los hijos; si no los hay, aquella hereda la mitad y la otra mitad el padre ó el pariente más próximo. En Escocia rigen tambien, en cuanto á los bienes *reales*, los principios de masculinidad y primogenitura, esto no respecto de las hembras y aquel en la línea de ascendientes y en la de colaterales, y se toma en cuenta la distincion de los bienes en propios y adquiridos. En Rusia hay siete llamamientos: hijos y sus descendientes, hijas y los suyos, hermanos germanos, hermanas germanas, hermanos consanguíneos y sobrinos, hermanas de la misma clase y los colaterales en cualquier grado que sea. Los ascendientes tienen el usufructo de los adquiridos y el derecho de devolucion ó retracto sobre los patrimoniales. En éstos rige el principio *paterna paternis* y *materna maternis*, y en aquellos el de masculinidad.—(A.)

agnados y cognados en favor de los consanguíneos, hubo de atender á la *proximidad* del parentesco. Esta Novela ha sido, sin embargo, más ó ménos modificada por las costumbres germánicas. Pero en general, rige el derecho romano de representacion en favor de los nietos y biznietos, así como de los sobrinos (1). El Código austriaco, tomando por principio el órden de parentesco arreglado al derecho germánico, ha establecido un sistema fijo y consecuente para la sucesion de las seis líneas (parentelas) más próximas, entre las cuales la línea del testador es naturalmente la primera, sistema que ha dado buenos resultados en la práctica.

V. Las condiciones necesarias para el testamento son: 1) La facultad de testar *(testamenti-factio)* en el testador. 2) Una determinada forma en el acto, que ha de valer como última voluntad; las formas del derecho romano han sido modificadas en muchos puntos por los nuevos códigos. 3) Segun el derecho romano, la indicacion exacta de *uno* ó de *varios* herederos, que, segun los nuevos derechos, ya no es necesaria (2). 4) Tomar en consideracion los herederos necesarios y legítimos, determinando los motivos de desheredacion como preceptúa la Novela CCXV que fué rápidamente adoptada desde la recepcion del derecho romano.

VI. En cuanto á la *adquisicion* de una herencia declarada, rigen los dos principios que ya hemos indicado (3).

(1) Admítese el derecho de representacion en todos los grados de parentesco en Rusia, Dinamarca y Glaris. En cambio en Escocia los nietos no pueden reclamar la legítima de sus padres.—(A.)

(2) V. más arriba punto III.

(3) V. p. 375, t. II.

Mientras unos Códigos exigen aún la *adicion* romana, otros, que son los más, han consagrado el principio de derecho germano tan discutido por los legistas franceses: *le mort saisit le vif*, esto es, que el muerto apodera *(a)* ó dá posesion al vivo, que el heredero

(a) En el tomo II, pág. 229, por una errata se dice: "el muerto se apodera del vivo" en vez de "el muerto apodera al vivo".

El derecho privado del *municipio* (1) que deberia seguir al derecho de familia, y que no se tratará especialmente en esta corta revista, se incluye ordinariamente como un todo en el derecho público respectivo, á causa de la íntima conexion

---

queda apoderado de pleno derecho de los bienes del difunto por ministerio de la ley sin ningun acto de aprehension ni aceptacion. Unas legislaciones reconocen este principio respecto de todos los herederos (Portugal, 2011; Italia, 925; Berna, 512; Soleure, 456; Glaris, 314); otras sólo en cuanto á los legítimos (algunas de Alemania); otras únicamente respecto de descendientes y ascendientes (derecho comun aleman) ó de todos ménos el Estado (Holanda); otras para los legítimos, pero no para los irregulares (Cód. Nap., 724, Islas Jónicas, Vaud, etc.); y otras, por último, exigen la adicion y toma de posesion á todos (Austria, 797) y la comun española, en la que sólo regia antes el principio *le mort saisit le vif* en la llamada posesion *civilísima* de los mayorazgos. Pero entiéndase que la aceptacion en la herencia procede en todo caso, sólo que no es condicion para la adquisicion, y así mientras que sin la adicion no hay derecho y por tanto no puede trasmitirse á los herederos, segun este otro principio existe desde el momento de la muerte de aquel de cuya sucesion se trata. Así, por ejemplo, el Código de Berna, aunque declara en su art. 513 que aquel á quien corresponde una herencia se hace heredero por la aceptacion, dice en el 512 que la sucesion se abre en el momento de la muerte del difunto, y que "el heredero que vive en este momento trasfiere su derecho á sus herederos," y análoga declaracion hace el Cód. Nap. en su art. 781.

Aun cuando el principio en cuestion se deriva de la co-propiedad de la familia, y por eso se aplica aún hoy en algunas partes sólo á ciertos herederos, la generalidad con que lo consagràn los códigos modernos, aplicándola á todos, es debida, no á que partan de aquel supuesto, hoy cierto sólo por excepcion, sino al mismo motivo que ha inducido á los legisladores á prescindir de la doctrina de la tradicion declarando que la propiedad se trasmite sólo por virtud de convenciones. Y por esto la institucion del Registro de la propiedad ha producido, en razon del valor de la inscripcion, análogos efectos en ambas esferas.—(A.)

(1) V. sobre el derecho privado municipal, el trabajo exacto y bueno de BLUNTSCHLI, en su *Derecho privado aleman, (d. Pr. R.)*, §. 37, y el de REYSCHER, en la *Revista de derecho aleman (Zeitschrift für deutsches R.)*, t. XIV.

que tienen ambos órdenes.—El derecho privado de la comunidad nacional se manifiesta principalmente en el Estado, como poseedor de bienes, esto es, como fisco.—El *derecho privado de los pueblos* es, por el contrario, una rama tan importante del derecho internacional, que en nuestro tiempo, que reconoce cada vez más su valor, constituye un tratado especial (1).

CAPÍTULO II.

DERECHO PRIVADO ESPECIAL DE LOS CÍRCULOS ACTIVOS Ó DE LOS ESTADOS DE VOCACION.

§. 51. Exposicion de este derecho y bases para su reforma.

Por haberse desechado cuanto tendia á negar la libertad, y á consecuencia de la nivelacion casi completa de todas las clases del pueblo, ofrecen en la actualidad ligera importancia para el derecho privado las diversas rivalidades suscitadas entre ellas en diferentes épocas de la historia germánica. Hasta el *feudalismo* (2) se ha relajado por las relaciones personales y morales, subsistiendo sólo parcialmente como una mera institucion jurídico-patrimonial falta de toda consistencia interna. Por el contrario, es señalada la consideracion que para el derecho público presenta la aristocracia de sangre por su linaje, por toda su posicion social y por haber obtenido la alta nobleza mediatizada, importantes prerogativas en virtud del Acta de la Confederacion Germánica de 1815, artículo 14, que les garantizó especialmente la igualdad de nacimiento con las casas soberanas. A las clases antiguas, determinadas en su mayoría por la *cuna,* se adelantan las na-

(1) V. libro IV, seccion II.
(2) V. sobre el orígen de éste, la p. 270 del t. II.

cientes, pero siempre importantes, formadas por la *libre* eleccion, con arreglo á un estado de vocacion, ó sean aquellas clases del pueblo que se aplican *predominantemente* á un fin principal de la vida. Entre estos estados de vocacion, los económicos son los que ofrecen mayor importancia para el derecho privado, á causa de la grande extension de sus intereses materiales, mientras que la clase de los sábios y artistas, por más que sus relaciones cuenten con un derecho privado especial (derecho de publicacion, prohibicion de reproducir, derecho de reunion correspondiente á sus fines), sólo ofrece importancia jurídico-pública en los establecimientos oficiales (Universidades, Academias, Escuelas) que dista mucho de ser una organizacion propia, como la que se apresuran á obtener las clases económicas.

Para estas clases hay, sin embargo, un derecho privado especial que, sobre la base del general, subsidiario del mismo, establece instituciones y determinaciones especiales para las relaciones de la vida especiales tambien. Entre los derechos privados de los estados económicos es desde luego el mejor constituido el derecho mercantil, sigue el industrial que no se halla tan completamente formulado, y viene, por último, el agrícola que lo está ménos; por más que los dos últimos merezcan una ámplia atencion práctica y científica.

A. Al tratar el derecho de los estados de vocacion especiales, conviene hacer resaltar préviamente el aspecto *público-jurídico.*

El *órden* público tiene un interés principal en que la ocupacion y el trabajo no se pulverizen entre los particulares, dando lugar á que la sociedad misma afecte la forma transitoria y casual de un mero aglomerado de indivíduos; sino que ese gran cuerpo, animado por el fin humano, debe fundar órgános sociales para todos los fines y funciones primordiales, permanentes y estables. Cierto es que la direccion

libre que el individualismo abstracto del derecho romano favorecia, destruyó, en los más importantes pueblos de la raza latina (en Francia), los primitivos órganos corporativos germánicos; gremios, maestranzas, corporaciones.

Pero así como este gran pueblo tendrá necesidad de volver nuevamente en semejante respecto á los principios germánicos que son en él históricos, del mismo modo es del mayor interés para los Estados alemanes evitar la innecesaria desmembracion individual y si bien hay que suprimir las instituciones anticuadas, sobre todo los gremios, que se oponen al libre vuelo del trabajo, conviene, sin embargo, que aquellos se atengan en las direcciones capitales al *principio* de la organizacion social, aplicándolo á los *libres* estados y asociaciones. Hay, con todo, un interés público en que los lineamentos de esta organizacion los trace el Estado. Los principales son los siguientes: 1) Todas las personas que se dedican á una rama de trabajo económico, deben, segun la mayor y posible homogeneidad del mismo, y segun sus grupos principales, reunirse en una *sociedad* (la cual coincide en la agricultura con la comunidad campestre), entre cuyos miembros elijan de su seno un *consejo de asociacion*, para proveer á todos los intereses comunes, jurídicos, morales y económicos, promover el comun provecho económico, vigilar la conducta de los indivíduos asociados, mantener el órden y la union, velar por el honor de la sociedad y administrar las cajas de socorros para viudas, huérfanos, enfermos y difuntos. Tambien debe toda sociedad establecer árbitros *(conseil des prudhommes)*. 2) Todos los consejos de las sociedades de un distrito determinado, deben hallarse bajo un consejo de *agricultura*, otro de *industria* y otro de *comercio*, á los cuales toque ordenar los intereses colectivos y las necesidades de los asociados que representen. Estos consejos elegirán de su seno, tambien por eleccion, los miembros

para los tribunales de agricultura, industria y comercio, que además se compondrán de un jurisconsulto con voz y voto, tribunales á que corresponderá la autoridad administrativa política en su calidad de órganos expertos y deliberantes. 3) Todos los consejos de agricultura, industria y comercio de una region, (provincia, comarca) deben hallarse bajo una *Cámara* de agricultura, otra de industria y otra de comercio; se elegirán con arreglo á un procedimiento determinado entre los consejos sociales y tribunales á ella sometidos, y les corresponderá conservar los intereses comunes de su ramo en la provincia, dependiendo á su vez del Ministerio. A causa del íntimo enlace que existe en los intereses de dichos tres consejos y cámaras, conviene que se reunan en juntas comunes para determinados negocios. Los miembros oficiales para los tribunales de agricultura, industria y comercio de las provincias, se elegirán por medio de las cámaras y órganos á ella sometidos, debiendo además enviar el Gobierno un presidente ó secretario letrado. Se discute sobre la conveniencia de la reunion de los tribunales de industria y de comercio.—Esta organizacion del estado de comercio y de industria tiene lugar en la direccion de arriba abajo comenzando por los miembros superiores, que es como empezar la casa por el tejado y desatendiendo á los importantes miembros fundamentales (Francia), ó de dentro á fuera (en los Estados alemanes). La agricultura ha permanecido hasta ahora alejada de esta importante constitucion y sólo un ramo de la produccion primaria, la minería, se ha organizado de un modo parcial.—Semejante organismo se puede aplicar tambien, con leves modificaciones, á los demás ramos de vocacion más espirituales de las letras y de las artes. Y así como en algunas especiales manifestaciones de éstas (abogados, doctores), se establecieron consejos de disciplina y tribunales que dieron felices resultados, se podrian crear tam-

bien para las demás vocaciones de la esfera de la literatura, de la prensa periódica y del arte, instituciones análogas que, con una organizacion social adecuada, favorecerian los intereses comunes, procurarian por el honor de la clase y por las diversas cajas de socorro, componiendo así elevadas autoridades defensoras del órden y de las costumbres morales y jurídicas, que pudiesen en frecuentes casos entender en suprema instancia con mejores resultados que las leyes preventivas ó los tribunales ordinarios. Esta completa organizacion se tratará con mayor detalle en el derecho público.

B. Ocupémonos ahora de las relaciones *jurídico-privadas* que predominan en los estados económicos de vocacion (1).

I. En la clase de los trabajadores que operan sobre los agentes naturales (produccion primaria), clase que encierra en sí principalmente la *economía rural* y la *minería*, han ocurrido grandes modificaciones, con especialidad en las relaciones y en el derecho de la primera, por la necesaria abolicion de los vínculos de la servidumbre, á consecuencia de la introduccion total ó parcial del principio de libertad; pero esas modificaciones, tan favorables para el desarrollo *material* de la economía, amenazan sériamente á las relaciones *personales*, no ménos importantes. El órden de la propiedad territorial, basado en el principio vincular (2), ha prestado por lo ménos el señalado servicio de conservar sana y próspera la clase agricultora. Mientras que ahora nacen muchos peligros de la manera estrecha de concebir la libertad como voluntad individual, teniendo que lamentar más bien que peligros, daños efectivos por la arbitraria division ó destruccion

(1) Para más detalles sobre estas relaciones, véase MITTERMAIER, *Derecho privado aleman (d. Privatrecht)*, t. II, libros VI y VII, y BESCLER, en la obra del mismo título, t. III.

(2) V. más atrás la organizacion primitiva, págs. 412 á 422, t. II.

de las grandes reuniones de bienes rurales, por la ruinosa administracion económica (especialmente tratándose de montes) y en el arbitrio con que se cargan de deudas, cosas y personas, con lo cual el deudor depende del capitalista, harto más duramente de lo que ocurria en las relaciones de los tiempos pasados (1). Es del mayor interés, sin embargo, para

(1) El autor, al hacer esta crítica del estado de cosas que determinan el préstamo y la hipoteca, olvida los saludables efectos que han producido los *Bancos hipotecarios*. Fúndanse éstos en la combinacion de tres principios: el de crédito, el de asociacion y el de amortizacion. Si se hubiera limitado el adelanto en este punto en la aplicacion del crédito á la propiedad inmueble, mermados habrian sido los resultados, aunque siempre se hubiera obtenido la ventaja no despreciable de alcanzar una disminucion en el interés, en la misma proporcion que crecia la eficacia de la garantía, merced al establecimiento del registro. Pero lo que ha dado lugar á los maravillosos efectos de esas instituciones es la aplicacion del principio de amortizacion, el cual responde á una necesidad que es más sentida en la agricultura que en ninguna otra esfera de la actividad económica, en cuanto hace posible el reintegro lento de la cantidad prestada y en condiciones singularmente ventajosas. Es sabido que la amortizacion consiste en reembolsar el capital prestado por medio de una suma fija, llamada fondo de amortizacion, aumentada anualmente con los intereses compuestos de las fracciones del capital anteriormente recobradas ó devueltas; esto es, que si el prestatario, por ejemplo, recibe 100 pagando un interés de un 4 y un 2 de amortizacion, en junto 6 por 100 al año, como sigue pagando esta anualidad, á pesar de que anualmente disminuye el capital un 2 por 100, lo que sobra del interés que continúa satisfaciendo como si retuviera todo el capital, siendo así que ya ha devuelto parte de él, se aplica á interés compuesto á la amortizacion de éste, y así resulta que aunque paga sólo un 2 por 100 anual, no tarda en reembolsarlo 50 años, sino que queda devuelto á los 28. Así, por ejemplo, hay Bancos en Europa, que pagando una anualidad de un 6 por 100 en la cual van incluidos los intereses y la amortizacion, queda devuelto el capital en 25, 28 ó 33 años, y otros en que, satisfaciendo una anualidad de 4 $^1/_2$ por 100 lo queda en 48 años. De suerte que el propietario, no sólo reintegra el capital en un largo plazo y satisface además un interés moderado, sino que verifica lo primero de una manera tal, que pagando en totalidad ménos de lo que por lo general le exigen sólo por intereses los

el Estado, que se sostenga una numerosa clase agronómica no sobrecargada de deudas. A este propósito, es necesario poner en armonía el principio de asociacion, tan predominante en la vida de la naturaleza, con el de la libertad, armonía que se producirá de diversos modos, segun las varias rela-

prestamistas particulares, al cabo de cierto número de años se encuentra con que ha devuelto ya la cantidad recibida.

Pero no bastaba esto: era preciso hacer circular la propiedad, poniéndola en relacion, no con determinado número de indivíduos, sino con el público todo, y eso hacen los *Bancos hipotecarios*, esas instituciones de crédito territorial que son como intermediarios entre el propietario que recibe prestando y el capitalista que presta. El primero se compromete al pago de una anualidad, que comprende el tanto por ciento de amortizacion y los intereses, recibiendo del Banco el importe del préstamo en cédulas ú obligaciones hipotecarias, las cuales enagena luego en el mercado reduciéndolas á metálico; es decir, que el prestamista real y verdaderamente es el que las adquiere, no haciendo el Banco otra cosa que *trasformar* las diferentes obligaciones particulares contraidas por los propietarios de inmuebles en esos documentos, en esos valores que tienen un interés fijo y se amortizan por sorteos representando exactamente la misma cantidad que las obligaciones contraidas por los prestatarios. En suma, el Banco no hace sino dar con una mano lo que con otra recibe, sirviendo, volvemos á decir, de intermediario entre el prestatario que acude al Banco en solicitud del capital que necesita, y el público que adquiere en el mercado esas obligaciones con una confianza que depende de la que tenga en aquel, y que sabe además que están afectas á la responsabilidad de todas ellas las fincas que al efecto han sido hipotecadas. Este es el carácter de esas instituciones, ya estén formadas por capitalistas con independencia de los propietarios, ya estén constituidas por asociaciones formadas por los últimos, en las que, ó bien cada uno de los que toman dinero á préstamo en el Banco queda interesado en el mismo por la cantidad que representa el crédito y hace suyas, así las ganancias como las pérdidas, ó bien aquellos forman parte de él desde el momento en que llevan al fondo comun una finca y él les abre un crédito por el valor correspondiente á la misma para el dia en que quieran utilizarlo.

Los Bancos hipotecarios han producido un efecto análogo al obtenido por los de descuento y circulacion. Estos, al trasformar la letra de cambio, que es un documento en que intervienen tres ó más indi-

ciones, predominando uno ú otro principio. La regulacion y limitaciones de la economía rural, se mostrarán principalmente: 1) En la determinacion, segun diversas consideraciones, de la divisibilidad de un fundo. 2) En los diversos modos de obtener por sucesion los bienes rurales y en el modo de satisfacer á los derecho-habientes agenos á la clase. 3) En la limitacion para contraer deudas hipotecarias, pues tan importante como es para la agricultura hallar préstamos, con el fin de mejorar sus fincas, liberarlas de cargas y otros análogos, es tan contrario al público interés, que agravándose con excesivos compromisos, la clase de los propietarios se convierta en una clase de arrendatarios temporales ó de jornale-

---

víduos, pero de todos modos determinados y limitados en número, en billete de Banco, han sustituido un documento *á la órden* con un documento *al portador*, haciendo así posible que aquel valor circule de una manera que no era posible en la forma que antes tenia. Pues de igual suerte las instituciones de crédito territorial trasforman las escrituras en que se contrae la obligacion con la garantía de un inmueble, y aun las mismas *lettres de gage*, en esas cédulas hipotecarias. que son tambien documentos al portador y que circulan libremente, pudiendo ser adquiridas por todo el mundo y facilitando, por consiguiente, la oferta de capital con gran beneficio de los propietarios que los demandan.

Estas instituciones han producido los siguientes resultados: 1.°, determinan la baja del interés, sobre todo, donde existe la libertad bancaria, y por lo tanto aquella competencia sin la cual se producen los lamentables efectos que en Francia y en España se han tocado con la creacion de Bancos únicos y privilegiados; 2.°, facilitan el reembolso á largas fechas, cosa que tanto conviene á la agricultura, por lo mismo que se tarda mucho tiempo en recoger los frutos de las mejoras que se hacen en las fincas; 3.°, movilizan y ponen en circulacion la propiedad, haciendo posibles las ventajas que produce la union entre el capital y la tierra, y 4.°, por la seguridad que ofrecen, por las molestias é inquisiciones que hacen innecesarias, y por la negociacion siempre posible de los valores que crean, aumentan el número de los que prestan con la garantía de la propiedad inmueble, lo cual redunda en provecho de los dueños de la misma.—(A.)

ros (1). Semejante limitacion puede únicamente realizarse organizando el *consejo de familia* (2) y las comunidades de campo, como *asociaciones*, instituciones que son importantes tambien para otras relaciones, á las cuales fuese dado, bajo la aprobacion de una autoridad superior en determinados casos (como ocurria en la antigua organizacion), decidir sobre la necesidad de que se adjudicasen bienes á ciertos miembros de la familia. 4) Por lo demás, tratándose de regular las relaciones de arrendamiento, no se deben abandonar exclusivamente al arbitrio de las partes, sino que tambien con la mira de mejorar las relaciones económicas como asimismo la de asegurar las relaciones personales, conviene establecer leyes vinculares, dirigidas con especialidad á establecer mayor duracion en los (3) arrendamientos. 5) El fideicomiso familiar, que es principalmente una nueva creacion del espíritu germánico, y que por él se modificó despues durante el curso de los siglos XVI y XVII, armonizándole con el antiguo principio aleman, afin con él, de la *tierra alodial* (4), estando en-

(1) Tan profunda como breve fué la observacion hecha en la Cámara de los Señores (Mayo de 1857) por el órgano del Gobierno al manifestar cuando varios miembros pedian que el Estado fundase nuevos institutos de crédito (además de los económicos de carácter rural, ya existentes, que prestan hasta la mitad del valor) "que no era nada favorable al interés del Estado que los señores propietarios de la Pomerania se paseasen en Berlin bajo los tilos."—Atinadamente observó tambien Bernhard, *Sobre la restauracion del derecho aleman, especialmente en lo relativo á la propiedad territorial (über die Restauration des deutschen Rechts, insbesondere in Beziehung auf das Grundeigenthum)*, Munich, 1859, que "la hipoteca y el contrato de arrendamiento romanos serian ahora propios para empobrecer el campo y los campesinos."

(2) V. p. 271.

(3) V. p. 240.

(4) V. Gerber, *Teoría del fideicomiso familiar germánico (zür Lehre vom deutschen Familien Fideicomisse)* en el *Anuario de Dogmática (Jahrbb. für Dogmatik)*, t. I, p. 52.

lazado además por una parte al fideicomiso romano y por otra al derecho feudal, ha contribuido á sostener un régimen permanente en los bienes (1); pero si hubiera de extenderse su aplicacion más de lo que hasta aquí se ha hecho y si tal institucion hubiese de ser favorable por la preferencia de ciertos miembros de la familia y no perjudicial á una excesiva concentracion de bienes, entonces el fideicomiso familiar deberia recibir un cambio esencial, de suerte que en la propiedad comun todos los miembros presentes interviniesen para

(1) Las vinculaciones, que tan gran desarrollo adquirieron en Alemania desde el siglo XVI, han subsistido hasta hoy y continúan en varias de sus provincias, aunque ha sido desde hace tiempo posible la desvinculacion mediante el consentimiento de la familia interesada. Que caminan á su desaparicion lo demuestran reformas recientísimas. En Prusia, donde por la ley de 1811, confirmada y ampliada por otra de 15 de Febrero de 1840 podia extinguirse el fideicomiso con el consentimiento de la familia, se prohibió en 1850 para el porvenir la creacion de feudos y fideicomisos nuevos, declarándose la conversion de los bienes vinculares en alodios, es decir, en propiedad completamente libre. Pero la ley de 5 de Junio de 1852, aunque mantuvo la prohibicion de crear nuevos feudos, conservó los fideicomisos derivados del derecho romano y que parecian ménos contrarios que aquellos al espíritu democrático y á la civilizacion actual. Dictáronse despues varias leyes en el sentido de la desvinculacion, como la de 4 de Marzo de 1867 referente á la Pomerania, y la de 23 de Julio de 1875 para los feudos regidos por el derecho de las Marcas, que eran unos 500, situados principalmente en el Bramdeburgo y Sajonia, conforme á la cual y segun los distintos casos que se preven, el feudo pierde su cualidad de tal y se convierte, ya en alodio, ya en fideicomiso de familia. Otras dos leyes semejantes se han dado recientemente: la una en 3 de Mayo de 1876 para la supresion de los feudos en la provincia de Westfalia y en varios círculos, y la de 19 de Junio referente al ducado de Silesia, al condado de Gratz y á la parte prusiana del Margraviato de la Alta Lusacia; siendo de notar que en la primera de ellas, á diferencia de la de 1875, el feudo no se puede convertir en fideicomiso de familia sino en alodio. Y por último, en 1877 se han publicado otras dos aboliendo el feudalismo en el país sometido al derecho provincial de la Prusia oriental y en las provincias de Sajonia y Bramdeburgo.—(A.)

sancionar la completa administracion económica y el modo de obtener ventajas (1). 6) Finalmente, es manifiesto que aunque falte mucho para ello, la asociacion acabará por apoderarse de la economía rural. Pero aquí será necesario, para que los verdaderos labradores no caigan en relaciones de servidumbre, que el concepto germánico de la asociacion se encarne con mayor eficacia que en la industria y el comercio, donde el cambio y el movimiento de personas es mucho mayor.—En general, en todas las ordenanzas, reformas é instituciones pertenecientes á la esfera de la economía rural, conviene atenerse al principio germánico de la propiedad territorial, segun el cual no se atribuye un poder ilimitado al indivíduo y su libertad, sino que se tienen en consideracion el órden de la familia y del Estado y los deberes que con ella se enlazan (2).

El *derecho de minería*, relativo á la *explotacion de minas*, ramo especial de la produccion primaria, produjo muy pronto la sociedad por acciones conocida con el nombre de *minera*, cuyos indivíduos se llaman mineros, subsistiendo al lado de

---

(1) V, mi *Filosofía del Derecho* (ed. al.) p. 516. En ella he aludido á la descripcion hecha por DUPIN mayor, en el *Constitutionnel*, de una union de familias compuesta de 36 miembros, dedicada á la economía rural, como los que subsistian en muchas partes de Francia antes de la revolucion y que Dupin pudo estudiar en *Saint Saulge* por haberse mantenido despues de ella á pesar de la subdivision de la propiedad territorial que se ha erigido en costumbre *(a)*.

(2) Asi dice tambien GERBER, *o. c.*, p. 60: "La propiedad territorial no alcanzó nunca en Alemania un derecho de ilimitada libertad, sino que llevó anejas cargas políticas ú obligaciones morales de naturaleza especial, presentando más que el carácter de un derecho exclusivo, el de un oficio. Esta es una de las ideas fundamentales más eficaces del derecho aleman, que todo el curso de su desenvolvimiento ha legitimado y que no se debe olvidar en la formacion de nuestro derecho actual."

(a) Véase, *De la propriété et de ses formes primitives*, por EMILIO LAVELEYE.—(A).

esta sociedad jurídica de bienes, como un gremio, el conjunto de los que materialmente se dedican al trabajo de las minas. El derecho de minería requiere una nueva regulacion, cosa que aunque difícil, se ha realizado ya en ciertos Estados (1).

II. El *derecho privado* de los trabajadores que operan sobre materiales ó de la *clase industrial*, estaba al principio regido por la antigua constitucion de los gremios, pero no por haberse reconocido necesaria la abolicion de los mismos deben sustituirse por el abstracto principio de la libertad individual (2), sino que importa modificarlos sobre la base de la organizacion pública jurídica, en vista de las varias relaciones y atendiendo sobre todo la naturaleza de las máquinas. Conviene distinguir, dentro de la clase industrial, la *manufacturera*, de aquella cuyos miembros se auxilian de máquinas para el trabajo ó *clase fabril*, por más que los prin-

(1) En Austria por la ley de minas de 1854.

(2) Las *sociedades cooperativas* son las que deben sustituir á los gremios. Hasta ahora las de *consumo* y de *crédito* han alcanzado un desarrollo de que están muy distantes las de *produccion*; de las primeras habia 1.378 en 1874 en la Gran Bretaña, donde las iniciaron los célebres *pionniers* de Rochdale, y sólo 1.026 de ellas contaban 411.252 miembros y tenian un capital de 390 millones de reales; de las segundas, que comenzaron en Alemania en 1851 por iniciativa del ilustre Schulze-Delitzsch, habia ya 961 en 1865; sólo 498 comprendian 170.000 miembros y prestaban al año 1.000 millones de reales; hoy pasan de 3.000 las sociedades cooperativas de crédito en aquel pais. En cuanto á las de *produccion*, aparte de algunos ensayos felices hechos en Inglaterra, Francia nos suministra dos ejemplos muy dignos de ser notados, porque se trata de dos sociedades de este género á que se negó en 1848 el auxilio ó subvencion que el Estado facilitó á otras, que, sin embargo, fracasaron. Es una de ellas, las de albañiles, fundada en aquel año, reorganizada en 1852, y cuyo capital, que era al terminarse el mismo, tan sólo de 1.450 reales, ascendia en 1854 á 68.000, y en 1860, á 1.450.000 con 107 miembros. Es la otra, la de los 14 pianistas, de París tambien, que comenzaron con 4.504 reales, vendieron el primer piano en 1.900 á un panadero á cambio de pan,

cipios sean, en general, los mismos. Estos principios de derecho privado se refieren: 1) A las condiciones para el ingreso en la asociacion segun las diversas clases y esferas de los asociados, ya como oficial ó como maestro, á lo ménos condicional, ó como dueño de fábrica. 2) Para el establecimiento general de las relaciones entre los que proporcionan trabajo y los que lo toman á su cargo, así como para el de las de aprendices, no debe confiarse en el arbitrio privado de los contrayentes, sino que dichas condiciones fundamentales deben sujetarse á normas obligatorias de derecho privado y los contratos que se celebren han de someterse al consejo de la asociacion. Entre estas relaciones deben fijarse especialmente la duracion del trabajo de los niños, que no podrán recibirse si no han cumplido una determinada edad. 3) Despues deben establecerse las condiciones para el ejercicio independiente de una industria (obtencion de los derechos de maestro, conducta jurídico-moral, etc.); así como aquellas bajo las cuales varios maestros y operarios pueden dedicarse á una industria que requiera el concurso de la asociacion en una de las tres formas ya indicadas (1). 4) Finalmente, débense fijar tambien las condiciones para la caducidad de un derecho de industria. 5) Las atenciones sociales debidas á las viudas ó huérfanos, inutilizados para el trabajo y enfermos, deben fijarse por una organizacion moral y jurídica.

III. El *derecho privado* de los que ponen á nuestro alcan-

---

y que hacen hoy servicios por valor de 800.000. Se dice que ofrece más dificultades el establecimiento de éstas por ser de las de crédito y de consumo; pero aunque eso sea hasta cierto punto exacto, hay la circunstancia de que el desarrollo de las últimas favorece grandemente la fundacion de las primeras, puesto que evidentemente las de consumo, abaratando las subsistencias, y las de crédito facilitando capitales, colocan al obrero en condiciones de obviar algunos de esos obstáculos de que se habla.—(A.)

(1) V. p. 261.

ce los objetos ó de la *clase comercial*, por tocar en numerosos puntos á los intereses materiales y exceder, por su propia direccion, de los límites de los Estados, requiere un gran perfeccionamiento. Y precisamente por su carácter espansivo aparece en los nuevos tiempos la urgente necesidad de establecer en todos los Estados alemanes una sola legislacion (1) para el derecho mercantil (2), como se hizo para el derecho de cambio, que ha dejado de ser actualmente en dichos Estados un derecho comercial para trasformarse en un derecho general civil.

El derecho privado mercantil tiene que regular: 1) Las relaciones de las *personas comerciantes*, que se hallan sometidas del mismo modo que las anteriores á la pública organizacion jurídica. El personal del comercio comprende los comerciantes singulares y las sociedades mercantiles, los representantes (los agentes ó factores y procuradores) y los auxiliares, esto es, por una parte el comercio subalterno (comisionistas, corredores), por otra los consignatarios, porteadores, navieros, y por otra los tenedores de libros. 2) En las relaciones jurídicas de la *gestion de negocios* mercantil, son de importancia; por un aspecto la teneduría de libros comerciales, por otro los negocios sobre numerario, entre ellos la apertura de crédito, la provision de fondos, las diversas clases de pagos y los giros. 3) Las diversas clases de comercio son: *a)* la compra *directa* que es ó compra diaria ó compra de suministro, la cual reviste diversas modalidades; *b)* el comercio de comision; *c)* los negocios de trasporte, que se di-

(1) Hoy rige un Código mercantil para toda Alemania.—(A.)

(2) Quien mejor ha desenvuelto el derecho mercantil hasta el presente ha sido M. PÖHLS, *Exposicion del derecho mercantil general y particular de Hamburgo (Darstellung des gemeinen und des Hamburgischen Handelsrecht)*, 1828-1834, 5 tomos. BRINCKMANN, *derecho mercantil (Das Handelsrecht)*, 1854. El importante libro de PARDESSUS, *Cours de droit commercial*, 5.ª ed., 1844, 6 vol.

viden: α) en trasporte *terrestre* y β) en trasporte *marítimo*, para el último de los cuales especialmente se formó el derecho marítimo. El derecho marítimo privado, que por lo comun se trata juntamente con el público (1), comprende las normas relativas á la propiedad de la nave (construccion, nacionalidad), á la conduccion (naviero, equipaje, diario de navegacion), al cargamento, sobre todo en lo que toca á los perjuicios de mar por pequeña y gruesa avería, y por último, á los seguros marítimos; *d)* finalmente, el comercio de libros constituye una forma particular de comercio que comprende la expedicion y la edicion.

IV. Por lo que toca al derecho privado de los demás estados sociales de vocacion, los cuales acostumbran á tratarse en union con las materias correspondientes del derecho público, conviene establecer los más importantes principios fundamentales para que sólo pueda consentirse el ejercicio de las profesiones de catedrático, médico, abogado, mediando ciertas condiciones de aptitud (2), pues que la práctica opuesta, observada en varios paises, ya respecto de todos estos ramos de vocacion (en los Estados-Unidos de la Améri-

(1) La mejor exposicion reciente de derecho marítimo, es de C. de KALTENBORN, *Principios fundamentales del derecho marítimo práctico europeo, especialmente en el tráfico privado (die Gründsatze des pracktischen Europäischen Seerechte, besonders im Privatverkehre* 1851, 2 vol. V. tambien el *Derecho privado (Privatrecht)* de MITTERMAIER.

(2) Prueba de que la exigencia oficial de estas condiciones de aptitud no tiene un fundamento permanente, es que ni el autor ni nadie dá el criterio, segun el cual sea el título requisito preciso para el ejercicio de unas profesiones y no para el de otras. Además, el escaso aprecio que de aquel hacen los indivíduos, pues entre los que lo tienen ponen su confianza en el que por otros motivos la merecen, y la seguridad de acierto que en su caso buscan los pueblos ó el Estado en las oposiciones, concursos, etc., demuestran la ineficacia de esa garantía.—(A.)

ca del Norte), ya respecto de algunos (en Francia y Bélgica para los profesores, en Ginebra hasta para los abogados), es sólo la consecuencia de un principio abstracto de libertad.

Observacion.—Para el *derecho civil de procedimiento*, nos referimos á los principios generales y á la exposicion histórica (1).

---

(1) V. p. 376, t. II.

LIBRO CUARTO.

EL DERECHO PÚBLICO.

SECCION PRIMERA.

El derecho de Estado y de Sociedad.

ESTADO PRESENTE DE LA CIENCIA POLÍTICA, NECESIDAD DE SU REFORMA Y BASES PARA CONSEGUIRLA.

§. 1.—Nuestro punto de vista.

Todo un ciclo histórico de civilizacion toca manifiestamente á su fin en la vida y la ciencia (1) del Estado. La teoría liberal y constitucional, hasta aquí dominante, en la cual se fundaban las más nobles esperanzas y la aplicacion de tan robustas fuerzas, ha respondido mal á aquellas en las grandes conmociones políticas de los últimos tiempos, mostran-

(1) Sobre el derecho político general, V. especialmente la obra de R. DE MOHL, llena de tan excelentes indicaciones tocante al desarrollo y bibliografía de esta ciencia: *Historia y literatura de las ciencias políticas (Geschichte und Literatur der Staatswissenschaften)*, 2 vol., 1655-56.—V. tambien DAHLMANN, *Política, (Politik)*, 1835; RÖDER, *Política del Derecho (Politik des Rechts)*, 1837; C. S. ZACHARIAE, *Cuarenta libros sobre el Estado (*40 *Bücher vom Staate*, 1839); BLUNTSCHLI, *Der. pol. general (Allgemeines Staatsrecht)*, 1851; en una cierta direccion, STAHL, *Fil. del Der. (Rechtsphilosophie)*, sec. II; con aplicacion á Alemania, las obras de ZACHARIAE y ZOPFL. El derecho público como el privado, ha de exponerse aquí de un modo enciclopédico; debe, segun los necesarios límites de la presente obra, encerrarse en las reflexiones generales que siguen, las cuales se proponen particularmente indicar un punto de vista nuevo. Pero trataré el derecho pú-

do, no ciertamente, su nulidad, pero sí su insuficiencia. Creen unos hallar en el naufragio de esta doctrina señal de la decadencia de la vida misma del Estado y ven acrecentarse el peligro de una lucha y alternada victoria entre la arbitrariedad de las masas y la de los Gobiernos, que ha de arruinar al cabo la sociedad entera; otros, por el contrario, ven en este hecho la inevitable suerte de una teoría poco atenta á las leyes evolutivas de la cultura y á las diferencias y necesidades nacionales, y consideran como un problema apremiante de la ciencia en esta época de transicion, en medio del desórden inherente á su carácter, del ardor febril y de los impulsos de la desesperacion y del egoismo, mostrar de nuevo á la vida el camino y el término superior á que tiende. Al participar nosotros de esta última opinion, nos apoyamos inmediatamente en la consideracion de la historia, y en la conviccion además de que la teoría hasta ahora reinante no descansa en un progreso natural del verdadero espíritu y vida germánicos; sino que, aun cuando contiene bases importantes y generales del órden político, dignas de conservarse siempre, es sin embargo, en los puntos capitales, producto de otro pueblo y otras circunstancias, é incapaz por esto de arraigar firmemente en Alemania (1).

---

blico más adelante, en otro trabajo, á manera de continuacion de mi *Doctrina orgánica del Estado (organischen Staatslehere)*, t. I, 1850. Este libro, que segun el primitivo plan no debia ser más que una exposicion racional y general, indicando á la vez nuevas bases para la ciencia del Estado, que han sido acogidas por muchas personas, determinará en su continuacion el más interno fundamento de la ciencia del Estado y de la sociedad, sirviéndole el trabajo indicado como una *introduccion general (a)*.

(1) Aunque el autor refiere aquí especialmente á su pátria estas consideraciones, ya se verá como tienen valor general y se aplican á otros pueblos y Estados.—(*N. T.*)

(a) Como ya hemos indicado en la *Noticia sobre la vida y obras de* ENRIQUE AHRENS (t. I, p. XVII), el autor no pudo, por desgracia, realizar su propósito.—(*N. T.*)

En la historia del desenvolvimiento social y político, es imposible desconocer dos grandes épocas, que en casi todas las direcciones y asuntos esenciales se oponen diametralmente, y piden con esto una composicion superior y mediadora. El órden de la vida, en la Edad Media, era predominantemente un órden *social*, cuyas diversas esferas, más ó ménos extensas, Estado é Iglesia, municipios, clases y corporaciones, se hallaban enlazadas, aunque más bien en exterior coordinacion y agregacion, que en íntimo vínculo y justos límites bajo un fuerte poder unitario. La vida de los miembros preponderaba sobre la del todo, como el espíritu individual sobre el comun, y la *policracia* y *sincracia* sobre el poder y direccion centrales. Así la paz pública era contínuamente perturbada por luchas interiores, ya entre el poder político y el eclesiástico, ya entre los municipios, profesiones y corporaciones; el espíritu exclusivista de clase y monopolio ahogaba el libre movimiento y progreso; y las condiciones morales, tantas veces encomiadas, eran peores en los diversos rangos de la gerarquía social que las de toda la época siguiente.

El principio de la *libertad* y *personalidad* individual, que fué gradualmente desplegándose y determinándose con mayor decision cada vez, rompió aquel órden de cosas. El renacimiento de las ciencias y las artes en los siglos XV y XVI habia despertado, ante todo en la filosofía, el sentido de libertad é indagacion, llevado por la reforma en ciertos límites á la esfera religiosa, fomentando asimismo en los ánimos la tendencia política, mediante el estudio de las literaturas clásicas y el de las antiguas ciudades. A esto contribuyó la admision del derecho romano, que por una parte, hacia valer un concepto formal de la vida, el derecho y el Estado, el cual, con la elevacion de los juristas y civilistas á la cúspide de los negocios, suplantaba de dia en dia las instituciones

germánicas, y que extendia, por otra parte, más y más la idea romana de la omnipotencia de la ciudad.

De esta suerte, en la nueva época, entró á ocupar el primer término el órden *jurídico y político*, resolvió en sí al órden social de la Edad Media, subyugó completamente á la Iglesia en los países protestantes, y en parte aun en los católicos, y fué acabando sucesivamente con la independencia de las clases y corporaciones particulares. Bien pronto apareció el Estado como la cabeza y supremo poder público de la sociedad entera, dominando y avasallándolo todo.

Ciertamente, en los pueblos civilizados de Europa, esta institucion se ha desenvuelto con diversidad. A Inglaterra, por su posicion geográfica, le era dable desarrollar más libremente los antiguos principios germánicos en una Constitucion nacida de las peculiares condiciones de su vida moral y económica, especialmente por el principio vigoroso y fortificante del *self-government*, que llegó hacerse valer, no sólo en el gobierno parlamentario, sino á la vez—lo que es muy de notar—y de un modo esencialmente limitativo para éste, en todos los órganos especiales del Estado y de la vida pública: en la Iglesia, el condado, el municipio y las corporaciones. Pero en el continente, Francia ha llegado á ser incontestable guia y modelo preponderante de la vida política, lo mismo para los príncipes que para los pueblos. No debe en verdad juzgarse á esa gran Nacion exclusivamente por las fases y crísis interiores de su organizacion particular; sino á la vez como un instrumento de la Providencia y segun el influjo que sus alteraciones políticas han estado llamadas á ejercer sobre la situacion interior y exterior de los demás pueblos europeos. Pero de Francia han venido á esos Estados, al par que innegables bienes, no pocos males, no pocas falsas direcciones en este órden de la ciencia y la vida. Desde allí, especialmente, se ha difundido la abstracta y formal teo-

ria que considera al Estado como un mero producto del acuerdo de sus miembros, y que ve en él atomísticamente no un organismo gradual de indivíduos, familias, corporaciones, municipios, provincias, sino sólo indivíduos, prontos sin embargo á entrar en oposicion y lucha con la suprema autoridad que instituyeron, tan luego como aspiran, ésta á mayor poder, ellos á mayor libertad: donde reina una alternativa de victorias y derrotas, de discordias y transacciones; con esto, una incesante reconstruccion del mecanismo constitucional, segun las leyes del equilibrio y contrapeso de los poderes, y un formalismo análogo al del derecho civil y cuya charlatanería con harta frecuencia hace aparecer como político eminente al retórico más insustancial, con tal que esté ducho en fórmulas y palabras de efecto. Ahora bien; cómo todo este anhelo de libertad haya sido vano dentro y fuera de Francia, y cómo el poder haya atendido sólo á los medios exteriores de conservacion, limitando tan excesivamente esa misma libertad, es ya sabido.

De esta suerte han imperado 300 años en la política los principios abstractos, formales y mecánicos de la uniformidad, la igualdad y la libertad. No desconozcamos, con todo, las buenas cousecuencias de esa época. El Estado ha llegado á ser concebido como un órden y poder sustantivo de la vida; se ha formado una *ciudadanía* general; se ha despertado un espíritu comun político; la libertad ha logrado, á pesar de tantos extravíos, una base permanente; el sentido de las formas, que en las relaciones políticas, no ménos que en las privadas, son un medio importante de garantía y justa limitacion de los derechos y los deberes, se ha generalizado; y un espíritu más humano, aunque á menudo superficialmente culto, ha mejorado muchas cosas en la vida, las instituciones y las leyes. Pero no son ménos visibles las faltas é imperfecciones. Así como ya anteriorments habia co-

menzado de muchos modos una reaccion, oscura en su tendencia, contra el destructor y abstracto espíritu liberal, se trata hoy principalmente, para asegurar los bienes alcanzados, de guiar la primitiva direccion hácia una superior época, completándola, limitándola y fundándola sólidamente.

Como condiciones capitales de esta reforma en la ciencia política, se muestran las siguientes:

1.ª Legitimacion del elemento *histórico* en la vida del Estado.

2.ª Afirmacion del carácter y fin *ético* del Estado, en sí y en relacion con la vida entera.

3.ª Destruccion de la omnipotencia del Estado y reconocimiento de las esferas vitales y sociales, que sólo pertenecen al órden del derecho y la política bajo el aspecto de su régimen jurídico, esto es: reconocimiento de una *ciencia de la sociedad.*

4.ª Aplicacion del principio del *organismo* á la vida toda del Estado, en oposicion al mecanismo anterior, estableciendo así el verdadero concierto entre el *órden* y la *libertad.*

5.ª Por último, exacta determinacion y aplicacion del concepto de la *representacion* en todos los círculos y grados de la vida social y política.

Hé aquí las ideas fundamentales que procuraremos exponer sumariamente.

§. 2.—El elemento histórico en la vida del Estado.

Las bases históricas de la vida del Estado y de la sociedad fueron conmovidas, ante todo, por las grandes alteraciones religiosas del siglo XVI, que produjeron inmediatamente la ruptura de la tradicion en una esfera, cuyo movimiento se extendió á poco á la de la política, donde la teoría y la práctica abstractas del liberalismo y radicalismo considera-

ron bien pronto á aquellas bases como un obstáculo para sus principios de libertad y felicidad universales. Pero este elemento histórico puede entenderse de diversas maneras. Si sólo significase la perpetuacion de lo heredado y subsistente, seria una vana fórmula, que hasta hoy en ninguna esfera ha petrificado la vida, y á ningun Estado impedido sus necesarias reformas. Vivir es crecer en constante progreso; y en la vida social se muestra tambien la superior libertad intelectual y moral en que, mediante nuevos principios, comienzan nuevas séries de hechos que rehacen las condiciones actuales: en esto precisamente se indica el noble y libre carácter del desenvolvimiento del espíritu, por oposicion al de la naturaleza, sujeto á leyes de necesidad, que en vano por una falsa analogía se han querido trasladar á la vida social.

No obstante, los elementos y circunstancias temporales tienen gran importancia en esta vida, así como en la política, y deben comprenderse y explicarse mediante el exámen atento de la historia. Ciertamente no hay para qué buscar en ésta lo que no puede dar. El estudio meramente histórico jamás enseñará de por sí los principios de la vida, del derecho, del Estado, ni suministrará la prueba de su verdad; hay que pedir á otras fuentes estos principios, que aquella sólo puede aclarar, señalando su viva aplicacion é inmediatas consecuencias. En general, la historia contesta en el mismo espíritu con que se la interroga; de suerte que el punto de vista total del indagador, sus convicciones religiosas, morales, políticas, son de sumo interés y se reconocerán siempre en su exposicion. Por esto sólo pocos hombres y ningun partido han sacado de la historia enseñanza, y la época moderna ofrece el ejemplo más acabado de que la anterior experiencia, por segura y por abundante que haya sido, no ha servido de regla de conducta, determinándose ésta siempre por prin-

cipios ú opiniones con que se pensaba corregir ó evitar aquellos resultados.

No se niega con esto que el desarrollo histórico siga principios y leyes generales. Quien los conociese (1), contemplaria ciertamente en aquel la educacion de nuestro linaje hácia un fin inmutable y bajo la direccion de la Divina Providencia, aunque por caminos y rodeos determinados en parte por la libertad humana; la historia seria para él, en sus grandes rasgos totales, como una verdadera Teodicea, no para justificacion de Dios, que no la necesita, pero sí como un alto juicio, mediante cuya sentencia, toda vida es guiada, segun la suprema ley del bien, su divino objeto, recompensándose la estimacion de éste y el progreso á fines superiores con más ricos frutos de bondad y más fácil y rápido desenvolvimiento, y castigándose todo menosprecio del mismo en individuos, clases y pueblos enteros con más duras pruebas, retraso en el camino de la vida, y aun disolucion y muerte. Y si esta superior y universal ojeada no es enteramente posible al hombre y al historiador, alcanzará no obstante el criterio relativamente más seguro, si le acompaña la conviccion de que, así como Dios es uno, asi todo bien (lo divino en la vida) es uno y concertado en sí, formando la verdadera religion, la moralidad, el derecho, la ciencia, el arte, una íntima armonía; y de que, por tanto, allí donde las tendencias de estas esferas aparecen en recíproca disidencia ú oposicion, donde esparcen el ódio y la discordia entre los hombres, y ante todo no se muestra el testimonio irrefragable del bien, la fuerza *moral* de la vida, allí está desconocido el espíritu

(1) Esto es: quien conociese la aplicacion de los principios y leyes de la Historia á *todos* los hechos, *hasta sus últimos pormenores*, lo cual no es dado al hombre. Pero no se refiere esta negacion de modo alguno (á pesar de la ambigüedad de la frase) al conocimiento de esos mismos principios y leyes *en sí*, que son asunto de la *Filosofía pura de la Historia*.—(*N. T.*)

de Dios y no se ha entrado en el verdadero camino del progreso.

Pero aun cuando la historia de por sí no pueda guiarnos al conocimiento de los principios, siempre será su estudio de grande importancia para la vida social y política. En primer lugar, no se le debe atribuir *en sí misma* ménos valor que á la historia natural. Así como en ésta el espíritu se complace en *lo individual* que la naturaleza produce, así tambien contempla en la historia la libre accion de los hombres; porque la individualidad es carácter fundamental de toda vida, nacido de la maravillosa compenetracion de lo general y lo singular, y que requiere por tanto igual educacion para lo uno que para lo otro. Por esto puede tambien su estudio despertar el verdadero *sentido histórico* (la impresionabilidad y receptividad para lo individual en la vida), y convencernos de que los estados efectivos y las relaciones de ésta forman, segun las fuerzas internas que en ellos residen y mediante la continuidad de la costumbre, una resistencia tenaz, que no cede al arbitrio de los hombres, ni escucha el mandato de abstractos principios, sino que pide ser tratada con prudente arte y guiada en su reforma desde el punto de partida de lo existente hácia otros caminos superiores.

La historia debe, pues, inspirar tambien en la política una conducta verdaderamente histórica, y prevenir por consiguiente todo proceder y obra artificial que no concierte con las relaciones y necesidades de los tiempos. La política es una ciencia y un arte de lo que en determinadas condiciones es posible y, relativamente, lo mejor (1). Lo que Sócrates

(1) La confusion tan frecuente entre la ciencia y el arte políticos (como en otras muchas esferas) exige aquí alguna aclaracion del sentido en que únicamente puede y debe entenderse el texto de Ahrens. La politica es, *como ciencia*, la ciencia del Estado, en todo el sentido de esta frase, y por tanto abraza al Estado bajo cuantos modos y aspectos puede ser objeto de conocimiento. De aquí, 1.°, una ciencia *filo-*

decia de la filosofía vale tambien de la política: es un arte que no crea de por sí cosa alguna, sino que ayuda á venir al mundo de la existencia exterior al fruto de un gérmen anterior y sustantivo, una vez llegado á la madurez en las entrañas de la vida. Ni ménos alimentan estos conocimientos el amor pátrio, tan esencial para la vida pública, y que, como el filial, no nace de meras generalidades, sino del vínculo individual del parentesco y de la fuerza de atraccion de los caractéres, y que, fortaleciéndose con la íntima confianza en la integridad del desarrollo nacional, resiste sin romperse el espectáculo de la superioridad, múltiple quizá, de otros pueblos.

---

sófica del Estado *(Filosofía politica)*, que considera á esta institucion en lo esencial y eterno de su naturaleza (en su *idea)*, y por consiguiente, en lo que necesariamente *debe ser* cada Estado determinado y particular, como tal (el *ideal* del Estado), sobre lo diferencial y característico que lo distingue entre todos: 2.°, una ciencia *histórica* del Estado *(Historia política)*, cuyo objeto es sin duda el Estado tambien, pero en la série de su desarrollo vario y temporal (en sus *hechos)*, y que, por consiguiente, ofrece asimismo el cuadro de su situacion en cada época: 3.°, por último, una ciencia *filosófico-histórica* del Estado, que, apoyada en las dos anteriores, y aplicando los principios (la *idea)* de esta institucion á sus hechos, los juzga segun aquellos, é indica, en vista del ideal y de las condiciones presentes, con qué progresos inmediatos nos toca contribuir por nuestra parte en cada época á la realizacion gradual y ordenada de aquella eterna idea.

Ahora bien; estos progresos que la ciencia *señala*, los *cumple* el *arte político (Politica práctica)*, segun el cual aplicamos nuestra actividad sistemática y proporcionadamente (con *prudencia)* y la transicion é individual efectuacion del ideal del Estado en medio de las relaciones históricas de nuestro tiempo. Tal es la funcion del hombre político, de los partidos, de los Gobiernos. Y *únicamente* en este sentido, á saber, en cuanto aquel ideal *absoluto* sólo á través del ideal propio de cada época determinada puede realizarse y tomar cuerpo en ésta, es el arte político, bajo de ser absoluto, *y por serlo*, arte *relativo* tambien de conseguir lo *posible* en aquel momento, lo *mejor* entonces: carácter aplicable asimismo á la ciencia polífica, pero no á *toda ella*, sino á su parte *filosófico-histórica*. Por lo demás, compárense estas indicaciones con las del mismo Ahrens en su *Doctrina orgánica del Estado*.—(*N. T.*)

Finalmente, la consideracion de la historia nos preserva, por una parte, de la falsa opinion que refiere á un contrato el orígen y organizacion del Estado (constituido ya desde la familia), y por otra, de la abstracta y radical exigencia de determinar en absoluto los límites de los Estados segun las nacionalidades (1). Sin desconocer la importancia de la nacionalidad y el noble sentimiento de confraternidad que engendra, no podrá ménos de verse en el hecho general de que, hasta hoy, en el desarrollo universal de la historia, ningun gran Estado se haya encerrado puramente en una Nacion, un superior decreto de la Providencia, que no quiere que los pueblos se aislen y excluyan entre sí políticamente, sino que en parte se mezclen, segun tantas veces ha sucedido, y logren de esta suerte, mediante los lazos políticos, una más íntima afinidad y comunicacion de cultura. Pues aun cuando es imposible prescindir de la mayor fuerza que la atraccion nacional tiene en los tiempos modernos, y nadie osará determinar de antemano la eficacia de su influjo, una intencion divina parece haber destinado á las Naciones en la historia á servir de órganos y conductores de la civilizacion. Por esto tambien casi todos los pueblos infieles á este ministerio han caido; y los Estados en que se juntan diversas nacionalidades hallarán seguramente su más firme subsistencia en el cumplimiento de su elevado fin histórico, en la educacion de las más atrasadas de ellas, y en el concierto y comercio de la cultura entre todas las que abrazan, mostrando de esta suerte que hay todavia algo superior á la Nacion: la humanidad.

(1) V. sobre esto más extensamente mi *Doctrina orgánica del Estado (Organische Sthatslehre)*, págs. 210 á 219.

§. 3.—Carácter ético de la política y especialmente del fin del Estado.

1. *Consideracion general.*—Así como la ciencia política ha tomado en los modernos tiempos un carácter cada vez más externo, viniendo á reducirse á una doctrina de las formas del Estado en la constitucion y la administracion, así tambien, y siguiendo en general la senda extraviada de la escuela del derecho natural (1), se ha ido divorciando con ella más y más desde el siglo pasado, tanto de la religion como de la moral (2). El carácter distintivo del principio del Derecho se hizo consistir en la posibilidad de la coaccion, formándose una teoría de ésta en sus distintos modos y aplicaciones; y el Estado apareció de aquí ante todo como una institucion investida del poder coactivo, y á quien sólo interesa, no la moralidad, sino la mera legalidad de las acciones. Pero si Derecho y Estado han de concebirse, en suma, como un órden particular de la vida establecido en el órden universal divino; y si aquel, aunque relativamente independiente y propio, se halla no obstante en íntima relacion con la moral, no puede éste poner su más firme cimiento sino en la moralidad de sus miembros; y su poder coactivo, aunque ciertamente es á menudo un medio necesario de conservacion, nunca ni de ningun modo basta para ella.

La importancia del elemento moral en el Estado se muestra tanto en el individuo como en las costumbres sociales. Si la moralidad en general es en el hombre la más profunda raíz de la vida, y si Kant ha reconocido la *buena voluntad*

(1) Para la característica de esta escuela, V. á Stahl, *Historia de la Filosofía del Derecho.*—(*N. T.*)

(2) V. p. 95, t. I.

como la condicion fundamental de todos los demás bienes, logra aquel por su virtud el dominio de todos los impulsos y pasiones que perturban el órden y armonía de su existencia. Muy exactamente ha dicho Göethe (1): «Cuanto nos dá libertad de espíritu, pero no imperio sobre nosotros mismos, es corruptor:» juicio aplicable á todas las teorías liberales abstractas, que se aislan del principio moral. La moralidad de los indivíduos se afirma, eleva y perfeccion a por la vida social entera. Así como en la importante esfera de los bienes económicos es fuente de la perseverancia y aun de la bondad en el trabajo, de la sobriedad y el ahorro, y de la probidad en el tráfico, de igual suerte la conciencia del deber moral es la fuerza superior que vigoriza, conserva, en parte limita, y en parte extiende toda la actividad jurídica, privada y pública, y crea, especialmente en la administracion del Estado, el más estrecho vínculo que enlaza libremente á los indivíduos con el todo. Pero la misma moralidad se informa gradualmente en las *costumbres* (2) exteriores sociales, que merecen tambien especial estima en la política, así en la organizacion como en la gobernacion. Ya Platon decia: «No nacen las Constituciones de encina ni de roca, sino de las costumbres en el Estado, cuyo peso preponderante lleva tras sí todo lo demás.» Y de hecho, ninguna Constitucion se edifica arbitrariamente como una casa de madera y piedra, sino que debe acomodarse al grado total de la vida y educacion moral de su pueblo y reformarse sucesivamente con él. Constitucion que no correspondá á estas condiciones, jamás se ha sostenido, y harto lo muestra la historia moderna. Este respeto, pues, á los usos y costumbres del pueblo, aun á los que ar-

(1) *Años de peregrinacion de G. Meister*, lib. II, apéndice.

(2) La palabra alemana *Sitten* significa *costumbres*; no como simples *usos* cualesquiera *(Gewohnheiten)*, sino con un sentido ético, moral é interno.—(*N. T.*)

raigan en ideas equivocadas (1), y que sólo pueden ser corregidos gradualmente y de dentro afuera, excluye toda presion hácia adelante, no ménos que hácia un retroceso, considerando á aquellos como el producto del libre é íntimo desarrollo de la vida nacional.

Para esta infusion de la vida moral en el Estado, es conveniente examinar tambien el fin ético de éste.

2. *Fin ético del Estado.*—El fin del Estado (2) es, como

(1) No quiere decir sin duda el autor aquí que la ley, v. gr., debe renunciar por esto á coadyuvar en su medida á la rectificacion de esos vicios, y ménos que haya de transigir y concertarse con ellos, reconociéndolos y aun amparándolos y consagrándolos por medio de instituciones jurídicas, como todavia se hace con la lotería, con la prostitucion, etc.—(*N. T.*)

(2) En mi *Filosofía del Derecho* se determina tambien marcada y precisamente el fin del Estado. En verdad, he podido experimentar que los conceptos filosóficos exactos difícilmente son comprendidos en sí y en sus consecuencias. Si ni aun en el de *condicion*, tan capital, se entiende siquiera por los jurisconsultos netamente y en toda su significacion, no debe admirar que el fin del Estado, fundado en él, se extienda ó restrinja á más de lo que le pertenece, y especialmente que la admision de condiciones *positivas*, tanto como negativas, en el Derecho y el Estado haya hecho nacer temores sobre la demasiada amplitud de la accion de éste. Pero ya de por sí el concepto de la condicion dice que el Estado sólo debe *hacer posibles* todos los fines sociales humanos, lo cual exige, empero, condiciones no meramente negativas, que supriman los obstáculos, sino positivas, mediante instituciones accesibles á todos y que favorezcan su *libre* aprovechamiento, y mediante leyes y disposiciones que velen por él, de lo que cualquiera puede convencerse, respecto de la importante esfera económica, por la excelente obra de RAU, *Economía política nacional (Volkswirthschaftspolitik).* La doctrina del fin del Estado fundada por KRAUSE, reconoce tambien y legitima la parte de verdad que hay en todas las demás, Así es el Estado, como KANT quiere, Estado jurídico; pero no segun un principio de Derecho meramente negativo, como el suyo, sino positivo tambien. Así tambien existe el Estado para el fin de la humanidad, pero no lo realiza inmediatamente, sino sólo *mediante* el derecho; y si el bien público es asunto de su incumbencia, no lo es de modo que el fin del Estado sean derecho *y* bienestar, sino que éste se efectúa *por* aquel, esto es, en cuanto el Derecho se cumple en sí mismo

ya se ha considerado antes, el Derecho en todo su pleno sentido, como derivado del fin ético de la humanidad, y en constante relacion con él. El Estado es la esfera é institucion especial dispuesta en el órden general y divino de la vida para la realizacion del Derecho, objeto de fundamental importancia y que todo lo abraza, bajo el respecto de la condicionalidad (1). El Estado es Estado jurídico, y, como tal, tiene que establecer y regular el conjunto de las condiciones (positivas y negativas) que nacen de la recíproca dependencia entre todas las esferas y relaciones de la vida para el completo desarrollo de cuantos elementos constituyen la cultura humana. Este objeto señala al Estado su *propia* mision y actividad: hacer *posible*, determinando estas condiciones en sus instituciones, leyes y preceptos, el fin humano y los fines fundamentales en él contenidos, para toda clase de per-

---

y para sí, y para el bien. Segun nuestra teoría, el Estado es, pues, tanto *Estado de cultura*, como *Estado jurídico*; pero abrazándose ambas determinaciones en la *unidad* de su principio.

Con las teorías que propiamente versan sobre el fin del Estado, no deben confundirse puntos de vista *político-prácticos* con que á veces se las sustituye. A esta clase pertenece el fin expuesto recientemente por HELD en su *Sistema de derecho constitucional, etc.*, 1856 *(System des Verfassungsrechts)*, pág. 284, al decir: "la verdadera esencia del Estado (cuya efectuacion es su fin) consiste en la más alta potencializacion (?) posible en la tierra de todos los intereses generales humanos, así como su más plena satisfaccion, en cuanto es asequible á un Estado particular, como comunidad soberana, con medios esencialmente exteriores." Aunque en este concepto meramente cuantitativo la frase *en cuanto es asequible* pretende asignar un límite necesario contra la demasiada extension de la accion del Estado, esta cuestion de límites, que no carece de importancia en la política, depende únicamente de las condiciones de cultura y de la relacion del poder del Estado á los individuos, segun lo cual ha de resolverse, por tanto, de modos muy diversos. Este concepto no expresa el fin *cualitativo* del Estado, sino exclusivamente el *cuánto* de su actividad.

(1) Sobre el concepto del Derecho segun Ahrens, V. su *Derecho natural* (6.ª ed.), parte general, cap. II.—(*N. T.*)

sonas, individuales ó morales; mas para llenar esta funcion, debe comprender y cumplir el Derecho constantemente en íntima *conexion* con todos los factores de la cultura humano-social, no pues abstracta y meramente en sí solo, sino con conocimiento real de las relaciones, fines y necesidades de la vida.

De este modo es *uno* el fin del Estado, como la ciencia y la vida práctica lo exigen; pero este fin ha de concebirse en en un doble aspecto y direccion. Por esto, á su vez, la vida entera del Estado, en la Constitucion y Administracion, se determina igualmente: 1.°, *en sí propia*, y únicamente para ella misma; 2.°, en su *orgánico enlace* con la totalidad de los elementos del *bienestar* y la *cultura* humanos. Así, en la *Constitucion* deben fijarse en primer término formalmente la organizacion jurídica de los poderes ó funciones, las formas de su ejercicio, y su relacion con los súbditos en sus mútuos deberes y derechos; pero luego tambien, en una segunda seccion, las bases de las relaciones del Estado con la religion y la Iglesia, la instruccion y la escuela, la moralidad pública y la esfera económica (1). De igual suerte se organiza la *Administracion* del Estado que, en su más ámplio sentido (2), y en oposicion á la Constitucion, es el gobierno, legislacion y ejecucion del Derecho y del bienestar jurídico. La *administracion de justicia* se divide á su vez, segun las tres clases ya indicadas (3) de justicia, en justicia *restitutiva*, civil y criminal; *voluntaria*, que se refiere á negocios jurídicos del presente; y *preventiva*, que mira á las perturbaciones del Derecho posibles en lo porvenir. De otra parte, la *administracion* jurídica del *bienestar* social (administracion en

(1) Compárese esta idea de la Constitucion con la que el mismo Ahrens dá en su *Der. nat.*, t. II.—(*N. T.*)

(2) V. p. 162, t. I.

(3) V. págs. 165 y 197, t. I.

estricto sentido) se organiza segun todos los fines esenciales, y en direccion tanto positiva y protectora como negativa y preservativa: de donde nacen despues los distintos ramos que la constituyen.

De este modo, y merced á la teoría expuesta del Derecho como fin del Estado, se completa el cuadro de la vida de éste en todas sus esferas, cosa que hasta aquí ninguna teoría habia hecho. Cierto es que en la unidad de ese fin fundamental se çomprenden dos direcciones, pero no dos fines diversos: pues ambos tienen en el Derecho su base comun de unidad. Ante todo é inmediatamente, debe velar por el mantenimiento del mismo órden jurídico; porque mientras éste más firmemente subsiste en sus debidas formas y más regular es la marcha de la legislacion y la administracion, tanto más se extiende en todos sus miembros la conciencia de la seguridad de su amparo; pero, una vez cumplido este primer fin, debe tambien el Estado facilitar todos los demás, mediante las condiciones necesarias para ello. Cuide inmediatamente del Derecho: despues, y mediante éste, de toda la cultura social.

§. 4.—Relacion del Estado con la sociedad humana.

Si consideramos más de cerca la relacion del Estado con la sociedad humana (1), cuestion cada vez más vivamente debatida en los tiempos modernos, fácilmente se deja ver que será resuelta de muy diversos modos, mientras no reine un acuerdo prévio sobre la naturaleza y fin de ambas instituciones. Nuestra teoría, que aspira á una distincion esencial entre ellas, á la vez que á su íntimo enlace, requiere ser aquí explicada, para la más exacta inteligencia de su punto de

(1) V. p. 155, nota (1), t. I.

vista, por la consideracion histórica y práctica de la vida, con la cual se halla en completa conformidad.

1. *Consideracion histórica.*—Históricamente, debe mirarse la distincion entre el Estado y la sociedad como un fruto importante del Cristianismo, que la ciencia ha de traer á madurez completa. Se ha dicho muchas veces que la antigüedad clásica absorbia á la humanidad en el Estado, en el ciudadano al hombre: por donde aquel, particularmente en Roma, era el inmediato ordenador de todas las direcciones y esferas de la vida social y el fin comun de todos. Pero el Cristianismo, trayendo al hombre á inmediata relacion con Dios, y elevándolo en el más alto respecto sobre todo lo finito y terreno, colocó á la humanidad sobre el Estado, al hombre sobre el ciudadano, y dió á poco en su misma organizacion religioso-social ó eclesiástica la prueba de que pueden existir principios y fuerzas en la vida, asociaciones é instituciones sociales, que no pertenezcan al Estado, que no sean instituciones políticas, y que, aun cuando se hallan *en la esfera* de aquel, con el cual mantienen relaciones exteriores (y jurídicamente ordenables por tanto), no están bajo su inmediato gobierno, y aun en sus vínculos y eficacia exceden de los límites de un Estado.

Ahora bien; lo que el Cristianismo alcanzó desde luego para la Iglesia, considerémoslo alcanzado en general para todos los demás bienes divino-humanos de la vida, como moralidad, ciencia, bello arte é instruccion, y para sus instituciones sociales, que, aunque jurídicamente enlazadas al Estado, deben gozar una posicion libre, como asimismo, y en parte por otras razones, la esfera económica: cosas todas cuya accion vá mucho más allá de las fronteras nacionales, y que, ya por este sólo hecho no pueden mirarse como puramente políticas. Por esto, la Edad Media, que representa la organizacion exterior cristiana, fué más bien un órden social

que político. Desde el renacimiento de las ciencias, la antigua idea del Estado, bajo el influjo tambien de otras circunstancias, y unida al principio de la omnipotencia y absolutismo de la política, ha hecho mayores progresos cada vez, hasta lograr su triunfo supremo en el sistema filosófico de Hegel, que voluntariamente se compara á Aristóteles en una doctrina que vá más allá todavia de la concepcion aristotélica del Estado como un sér que se basta á sí propio, y que lo ofrece (1) como «el Espíritu (divino) presente á sí mismo, y desplegándose en la forma y organizacion real de un mundo.» Pero por más extendida que se halle, aun en matices algo más suaves, esta apoteosis del Estado, tiende la vida á salir de ella en direcciones de dia en dia más reconocidas por los mismos Estados efectivos.

2. *Consideracion práctica.*—Pero nuestra distincion entre Estado y sociedad aspira ante todo á un resultado *práctico:* el de limitar de un modo saludable la vida y tendencia política, excesivamente preponderante en los tiempos modernos, en los que cada dia crece la enferma concentracion de las fuerzas y la sávia del cuerpo social en aquella, habiendo llegado á absorber á éste casi por completo, y oprimiendo más y más cada vez con su poder central toda la vida. El más patente ejemplo de tal centralizacion se ofrece en Francia, donde, como en la antigua Roma, la ciudad es casi el Estado; pero donde tambien las repentinas y periódicas crísis políticas tienen su principal base en esa afluencia de todos los humores á la cabeza. Es, pues, necesario, para la salud de la vida pública, hacer que retrocedan de nuevo todas esas fuerzas, desde la cabeza tan sobrecargada á los miembros, con lo que entonces se conseguirá igualmente desviar tantas y tantas aspiraciones, hoy dirigidas á la polí-

(1) *Filosofía del Der. (Rechtsphil.)*, p. 334.

tica, hácia las demás esferas sociales, cosa, en verdad, no ménos apremiante. El Estado, hoy, casi ha venido á convertirse en un cuerpo de funcionarios que todo lo quiere manejar, y debe volver á ser más bien el defensor, organizador y mero protector del libre movimiento social.

Así ha de buscarse en la centralizacion y omnipotencia del Estado en Francia la razon de por qué allí nunca se ha formado, ni llegado á ser una verdad, como en Inglaterra, el sistema representativo. En Inglaterra, el organismo de la administracion política no lo sofoca todo en su red, y se han separado de él muchos asuntos (con lo que el círculo de la actividad parlamentaria es más sencillo y reducido), á la vez que ha llegado á afirmarse la vida propiamente social en los municipios, corporaciones y asociaciones. En Francia, por el contrario, donde desde 1815 á 1848 no han faltado en las Cámaras talento ni cultura, el sistema representativo se ha estrellado principalmente contra la omnipotencia del Estado, que renacia por igual en las pretensiones de todos á entrometerse en su (1) gobierno. La falsa direccion de todos los deseos, temores y esperanzas de bien y de mal hácia el Estado, direccion alimentada por la historia francesa, especialmente desde Luis XIV, y por las teorías políticas de aquel país, ha llevado (2) á repetidos experimentos en la Constitucion y la administracion, que, contínuamente frustrados, han acabado al fin casi con las creencias, el amor y la esperanza en la vida política y lo ha precipitado todo en el torbellino de los intereses privados, produciendo una situacion que no puede remediarse por un cambio en el mecanismo constitu-

(1) *Allregiererei* significa *gobierno de todos*, pero en el sentido de intromision anárquica y perturbadora.—(*N. T.*)

(2) Bastiat ha señalado bien esta falsa direccion en sus *Misceláneas de Economía política* (Art. 1: *Estado*). V. su extracto en mi *Filosofía del Derecho*, pág. 132 (ed. al. de 1852).

cional ó en la posicion y número de las personas investidas del poder, sino únicamente por la restriccion de las atribuciones del Estado: en suma, por el renacimiento de los principios sociales germánicos, por la reanimacion de una vida local más independiente, por la reorganizacion provincial y corporativa. Y como Francia ha llegado á ser bajo muchos aspectos el modelo de los demás Estados del continente, se dirige tambien aquí nuestra tendencia práctica á dar mayor libertad á las esferas é intereses sociales, asegurándoles todos los derechos de proteccion y vigilancia. Pero con esto aspiramos tambien á que se deje en paz al Estado y á que el progreso del bien privado y público, se espere, no de las alteraciones y revueltas políticas, sino de la conducta y habilidad artística de cada cual en aquellos diversos órdenes y asuntos, donde el *hic Rhodus hic salta* ha de llamarle á probar con hechos su inteligencia y su poder.

3. *Consideracion científica.*—Si ahora consideramos brevemente la cuestion, tendremos que la *sociedad* no es para nosotros sino el *órden uno y total de la vida humana*, el cual se despliega en tantos particulares órdenes fundamentales, cuantos son los fines capitales de la vida y los modos de la actividad social que á ellos se dirigen (1). Estos órdenes se hallan orgánicamente enlazados por la recíproca conexion de dichos fines y actividades, se entrecruzan, se penetran en parte, quedando tambien en parte independientes y exteriores, y poseen diversa importancia práctica y una organizacion más ó ménos fuerte segun sus necesidades. Entre ellos, es exteriormente el más poderoso, por su principio, el órden jurídico, el *Estado*, investido de fuerza é imperio en razon de su fin y que aparece como la institucion y poder unitario *de Derecho* para toda la sociedad, y como conteniendo en sí

(1) V. p. 155, t. I.

tambien exteriormente á los restantes círculos de ésta, por cuanto ha de mantener en justicia los límites del territorio nacional con respecto á los demás territorios. Pero, en realidad, estos círculos se hallan en parte *dentro*, en parte *fuera* del Estado: lo primero, porque tienen que regular *jurídicamente* sus relaciones externas, tanto entre sí como con el Estado, cuya actividad se extiende sobre ellas en defensa y proteccion; y lo segundo, porque su vida se produce en la sociedad segun principios y fines esencialmente distintos del Derecho, trascendiendo en lo tanto de los límites del Estado en accion y condiciones peculiares. Así es como están á la par dentro y fuera de éste la vida religiosa socíal, los círculos para el cultivo de la ciencia, el arte y la educacion, y todos los de la vida económica nacional.

Por esto, la relacion entre el Estado y la sociedad no ha de entenderse como exterior y mecánica, sino orgánicamente. Ni aquel abraza á ésta de semejante modo, ni debe ponerse á ésta meramente *al lado* de aquel; ni es la una el cuerpo y tronco, y el otro la cabeza; ni consiste la distincion sólo en que el Estado sea el poder unitario y *coercitivo* de la sociedad, y ésta, considerada como una abstraccion ideal, el conjunto de todas las esferas *libres* de la vida. Mas si se quiere, para designar la distincion con una palabra, apellidar sociales á todos los círculos de la vida, en cuanto sustantivos é *independientes*, y á las ciencias que á ellos se refieren ciencias sociales, puede valer la denominacion para este fin, con tal de que no se olvide que el Estado es tambien uno de esos particulares círculos; mientras que la sociedad y su ciencia, comprendiéndolos á todos, comprenden, pues, al Estado y á la ciencia política.

Todo organismo particular en la vida social, además del Estado, tiene, no sólo su especial derecho privado, sino tambien público, que se refiere á las mútuas relaciones que lo

enlazan con los restantes, y á las que interiormente median entre sus diversos miembros y elementos por respecto á la prosecucion del comun fin. Hay, pues, un derecho público para la vida religiosa social, el derecho público eclesiástico; como lo hay para la ciencia, el arte, la instruccion y sus instituciones, la moral y las costumbres públicas, y la esfera económica.

Nace ahora aquí una cuestion: ¿cómo, al reconocer estos varios círculos de derecho público, debe impedirse, no obstante, que desconcierten y disuelvan la vida social, y asegurarse la unidad del Derecho y del poder que corresponde al Estado? Respondamos que concibiendo á éste exactamente, como el *órden jurídico unitario y comun*, que todo lo enlaza en orgánico vínculo. El derecho público aparece, segun debe ser, constituido enteramente del propio modo que el privado. Así como los germanistas há largo tiempo que han reconocido los derechos privados *especiales* de las diversas clases como coordenados y subordinados al derecho privado *general*, así hay tambien un derecho *general público* sobre los *particulares* que corresponden á los distintos círculos de la vida social (profesiones) y órdenes de personalidades. El primero ha de hacerlo valer el Estado (1), lo cual basta para asegurar su unidad y universalidad. Ahora, ¿cómo tiene que manifestarse esta unidad que el Estado representa, si no ha de absorber en sí al derecho público especial de las demás esferas? La solucion esencial la dá aquí tambien el exámen

(1) Este derecho general público, cuyo órgano es el Estado, podria llamarse con exactitud *político*, si no se entendiese comunmente bajo este nombre el derecho público especial *para* el Estado, su organizacion y administracion. En el fondo es, sin embargo, impropia esta restriccion, pues el doble sentido del concepto nace aquí de la duplicidad del Derecho. Para evitar confusiones, seria mejor distinguir el derecho general público del derecho político en estricto sentido.

de la posicion del derecho privado general, por respecto á los especiales.

Con efecto; ante todo, el Estado tiene que establecer, (si bien con la cooperacion que luego diremos, de los círculos especiales) los principios comunes de todo derecho público, como otras tantas normas y límites para aquellas diversas esferas; despues, necesita determinar bajo estas normas las mútuas relaciones de todos los círculos, tanto *entre sí*, cuanto *con él*, y segun las condiciones de la coexistencia y asistencia recíprocas; normas y condiciones que dimanan de la naturaleza ética de las relaciones propias de dichos círculos, cuya prévia indagacion es indispensable, si se aspira á ordenarlas despues justamente. Cada Estado, sin duda, desde un punto de vista práctico y político, procederá en esta ordenacion con arreglo á las circunstancias dadas, á las costumbres, á las ideas biológicas á la sazon reinantes en la sociedad, y fijará de muy diversa manera, teniendo en cuenta el grado de cultura y moralidad de la Nacion, el límite entre lo que debe reservarse á la accion de los poderes generales y lo que corresponde á la propia actividad y determiuacion (autonomía) de dichos círculos. Y por ámplia que sea esta última esfera garantida, ya á uno de ellos, ya á todos, para sus peculiares asuntos públicos, por medio de su especial Constitucion y Gobierno, siempre ha de radicar en el Estado la direccion, legislacion y decision judicial *supremas* de *todas* las relaciones jurídicas, porque él constituye el órden general del Derecho (1).

(1) Por esto dice con razon MOHL, *Historiá de las ciencias políticas (Geschichte der Staatsvissenschaften)*, t. I, p. 109, que del reconocimiento de la sociedad "resulta para el derecho político la necesidad principalmente de abrir una nueva seccion entre la doctrina del poder del Estado y su organismo y la de los derechos y deberes de los indivíduos como ciudadanos, en la cual se exponga desde el punto de vista jurídico toda la relacion del Estado—ó lo que es igual, del po-

Esto es, pues, suficiente para mostrar cómo la concepcion que acabamos de exponer en nada lastima la *unidad* del Derecho ni la *fuerza* y poder del Estado (1); coincidiendo tambien en sus consecuencias prácticas con esta concepcion aquella doctrina que, si bien no quiere reconocer una distincion esencial entre la sociedad y el Estado, aspira sin embargo á un fin semejante, reclamando una verdadera organizacion y una vida corporativa en éste, por respecto á todas las direcciones y esferas capitales, al intento de asegurarles la relativa independencia que les corresponde.

---

der de unidad—con las diversas organizaciones sociales; y esto, en dos distintos aspectos. Primeramente, debe establecerse en general y por principios el modo como el Estado ha de conducirse para con los fines é instituciones de la sociedad—cualesquiera que sean—protegiéndolos, limitándolos ó modificándolos. Despues, hay que explicar la facultad y el deber que le corresponden, de asegurar entre todos esos círculos relacion, órden y Derecho.„ Esta concepcion y este modo de proceder se hallan (segun el mismo Mohl ha reconocido en la crítica que en 1840 publicó en los *Anales, Jahrbüchern*, de Heidelberg) en la primera edicion francesa de mi *Filosofía del Derecho* (1839—t. II, *Derecho público)*; y he notado tambien en mi *Doctrina* ORGÁNICA *del Estado (Organischen Staatslehre)*, 1850, *pról.* p. XVI, que „en la segunda parte deben desarrollarse las relaciones del Estado con las esferas sociales y de cultura de la religion y la Iglesia, la ciencia, el arte y la escuela, la industria y el comercio, la moralidad pública, de tal manera, que en esta relacion con cada una de ellas se deslinden con toda precision sus mútuos derechos y deberes, llenando así una *laguna* esencial.„ Sobre este plan nos hallamos, pues, de acuerdo Mohl y yo; y de su ejecucion deberia resultar una conformidad mayor aún, toda vez que tambien aquel considera como mision del Estado la proteccion positiva que radicalmente se contiene en el principio jurídico por nosotros expuesto.

(1) Las objeciones que BLUNTSCHLI en su *Ojeada crítica (Kritischen Ueberschau)*, t. III, p. 247, me dirige en este respecto, descansan por consiguiente en una verdadera equivocacion, á saber: en que la concepcion del Estado, que constantemente procuro hacer resaltar, como el *órden jurídico unitario y general* (y comun por tanto), ó ha pasado para él desapercibida, ó no la ha apreciado bastante en sus consecuencias.

Nosotros, sin embargo, reputamos esa distincion entre ambos órdenes como la más propia para la exacta estimacion práctica de todas las relaciones. Y á fin de ponerla más en claro y para que no se reduzca á una vana frase esa independencia relativa, determinando en su principio la participacion que á cada miembro pertenece en la actividad dei todo, se requiere exponer en primer término el *organismo* del derecho público, y aplicar luego á la vida pública el verdadero principio de la *representacion*.

§. 5.—Organismo del derecho público.

Ya en otros muchos lugares (1) hemos expuesto el concepto del organismo en el Derecho y aun en el Estado, mostrando cómo todos los miembros y partes de éste se enlazan entre sí y con él, cooperan á llenar su fin comun y alcanzan así al par su peculiar destino. Ahora bien, el derecho público se constituye orgánicamente lo mismo que el privado (2), á saber: 1.°, segun los órdenes de *personalidades* (indivíduo, matrimonio y familia, localidad, Nacion, sociedad de Naciones); 2.°, segun los círculos de la actividad y cultura social *(clases)*; pero de manera que los miembros de estas dos séries se entrelacen á su vez por todos lados. Así el indivíduo como la familia y la comunidad local deben tambien concebirse, por relacion á todos los círculos de la série opuesta. Pues lo que, en verdad, distingue la organizacion propiamente *libre* y completa de la parcial y forzada en la Edad Media, es que hoy toda persona física ó moral, aunque pertenezca principalmente á una clase determinada, á causa de su predominante vocacion práctica, sea religiosa, científica,

(1) V. págs. 79, 84 y 157, t. I.
(2) V. p. 263.

pedagógica ó económica, no queda cerrada en ella *enteramente;* sino que, conservando siempre su cualidad de miembro del órden general jurídico, puede entrar por su libre actividad en todos los restantes círculos, adquiriendo en ellos derechos y deberes.

Consideremos ahora en especial cada una de estas dos séries, por relacion al derecho público.

1. *Esferas de la personalidad.*—Todos los órdenes de personalidades tienen su derecho público, así como lo tienen privado (1).

a) El *indivíduo* posee una esfera jurídica privada para sus fines *particulares*, los cuales ha de cumplir principalmente por su propia determinacion (autonomía); y una esfera de derecho público relátiva á su cooperacion para los fines *comunes*, tanto del *Estado*, de donde nacen sus derechos políticos (que deben al par considerarse y definirse como deberes tambien) como de los particulares círculos *sociales*, de donde resulta su esfera jurídico-pública tocante á la religion, la ciencia, el arte, la enseñanza y la vida económica.

b) La *familia* tampoco es una mera persona de derecho privado, si que tambien público, que deberia tener grande importancia en el Estado y en todos los órdenes de la vida social. En todas las especies de representacion debieran considerarse, no sólo los indivíduos, como pretende una doctrina atomística y abstracta, que llega hasta á hacer nacer al Estado de los indivíduos como átomos; sino las familias tam-

(1) En el mismo sentido, sobre el cual me he explicado con toda claridad, (V. la p. 171, t. I y la nota), dice HELD en su *Sistema de derecho constitucional de los Estados monárquicos (System des Verfassungsrechts)*, 1856, p. 14: "Lo mismo el Estado que cada uno de sus ciudadanos, tienen una doble personalidad, pública y privada," ó más bien: "toda persona física ó moral tiene un *aspecto* jurídico público y otro privado." A la insuficiente distincion de Held entre el derecho privado y el públ ico, puede aplicarse lo que se dice en la p. 5.

bien, como tales, en sus jefes ó cabezas, así como deben tener en el consejo de familia una autoridad inmediata, que penetre en la vida pública.

c) La *localidad* ó municipio (1) es la comunidad permanente en un lugar dado y que abraza la vida de sus miembros tambien en todas sus esenciales relaciones; para las cuales posee un derecho privado, que no se reduce, pues, á las condiciones de un simple aprovechamiento, sino que se refiere á todo aquello que, en órden á sus fines particulares, debe regularse por su propia decision. Al par con éste, posee tambien la localidad su derecho público: de un lado, por cuanto es juntamente *órgano* y miembro del Estado, sujeto á su inspeccion, partícipe de importantes funciones públicas por delegacion (2) y aun tiene ciertos derechos políticos, v. gr., tocante á representacion; y de otro lado, porque es un organismo para todas las restantes esferas de actividad y vida sociales, investido como tal, de derechos y deberes: 1.°, por respecto á la religion y á la Iglesia, á las cuales atiende por medio de subsídios, tomando además parte en lo relativo á edificios eclesiásticos, cementerios, etc., y ejerciendo á veces, segun la organizacion religiosa (v. gr., en la Iglesia evangélica), ciertos derechos en el nombramiento de sus autoridades, como en la eleccion ó la autorizacion á los predicadores (3); 2.°, por lo que toca al arte y la ciencia, y especialmente á la instruccion y educacion, velando por las

(1) V. p. 158, t. I. Consúltese tambien sobre este asunto un excelente artículo publicado en la *Revista trimestral alemana (Deutschen Vierteljahrsschrift)*, 1856, núm. 3.

(2) Así parece que debe traducirse *übertragene Wirkungskreis*.—(*T. N.*)

(3) No creemos posible discutir con este motivo todas las ideas del autor que puedan ofrecernos reparo: baste consignar que, respetando su alta competencia é inconcusa autoridad, no por esto aceptamos siempre sus soluciones.—(*N. T.*)

escuelas; 3.°, en pró de la conservacion de la moralidad pública; 4.°, y muy principalmente para los fines económicos, toda vez que ha de cuidar como institucion importante bajo este aspecto en su territorio respectivo, de la produccion de las primeras materias (lo cual incumbe sobre todo á los municipios rurales), de las industrias manufactureras y del comercio (lo que toca más á los municipios urbanos), y del consumo, mediante instituciones y disposiciones municipales, v. gr., establecimientos de crédito, policía de abastos, etcétera; 5.°, en favor de fines generales humanos, cuidando, como corporacion de beneficencia comunal, de las viudas, huérfanos, pobres y enfermos, y atendiendo á que este cuidado, en lo que á él toca, y aparte de la cooperacion de los indivíduos y asociaciones privadas y eclesiásticas, ni se reduzca á la accion aislada é incoherente de los particulares, ni se incline parcialmente á una ú otra confesion religiosa.

Los municipios se distinguen ante todo en *rurales* y *urbanos*, cuya distincion representa el *predominio* de la vida física ó el de la del espíritu respectivamente: de modo que en los unos preponderan aquellas formas de produccion en que lo principal es la fuerza espontánea de la naturaleza; mientras que los otros reunen todos los géneros de trabajo en que el espíritu es lo primero ó lo determinante, ya sean las industrias que trasforman las primeras materias (manufactureras ó técnicas), ó el comercio, ó las demás esferas de actividad psíquica en la ciencia, el arte, la instruccion, todo ello más en grande y más cerca lo uno de lo otro, donde más fácilmente hallan tambien su mútua proteccion y complemento. A su vez, los municipios urbanos, ó sean las ciudades, se subdividen en pequeñas, medias y grandes, cuyas gradaciones se repiten asimismo en todas las formas principales de su actividad, por ejemplo, en las escuelas elementales y superiores, gimnasios, universidades, institutos tecnológicos su-

periores, en la grande y pequeña industria y el grande y pequeño comercio, en las parroquias y círculos eclesiásticos superiores, etc.

Ahora bien; á estas diversas condiciones de vida, espirituales y físicas, de los municipios, debe corresponder su constitucion y régimen político, en la esfera del derecho. Por esto es un error pretender fundir todos los municipios en un molde y organizarlos segun idénticos principios; antes debe distinguirse esencialmente entre los rurales y los urbanos, y en estos últimos, por lo ménos, entre grandes y pequeñas ciudades. En las ciudades, tiene que dominar la libertad en las relaciones capitales de la industria, el comercio, la eleccion de domicilio, el matrimonio; mientras que en los campos, el carácter de las relaciones físicas indica ya la solidaridad y como adhesion con que han de estrecharse los vínculos entre el derecho municipal y la tierra y suelo, con lo cual naturalmente se limitan la libertad de domicilio y de matrimonio.

d) La *Nacion*, ó union total formada por descendencia y lengua comunes y que es tambien una esfera de la personalidad que abraza á todos los fines de la cultura humana, aparece como sér de derecho público, así *interiormente*, en sus diversos órganos, supremamente sometidos al órden comun jurídico, al Estado, como *exteriormente*, esto es, en cuanto es persona para el derecho internacional.

2. *Esferas de cultura.*—Cada uno de los círculos de vida consagrados á realizar un fin principal tiene, como ya se ha indicado, su peculiar derecho *público* para sus mútuas relaciones con los demás y con el Estado.

Por lo que concierne al órden económico, debe notarse (1) cómo al lado de su derecho privado, posee una organi-

(1) V. p. 283.

zacion y régimen público en las corporaciones, consejos, cámaras y tribunales de agricultura, industria y comercio. En cuanto al derecho público de la ciencia, el arte y la enseñanza y de la moralidad, hoy se halla todo él reglamentado por el Estado exclusivamente, del cual dependen las instituciones respectivas, siendo sostenidas por él, de suerte que la mayor independencia que antes muchas de ellas gozaban, v. gr., las universidades, ha desaparecido. Pero, si bien aun aquí deben siempre asegurarse los derechos públicos del Estado, puede, sin embargo, renacer una organizacion más corporativa. La Iglesia cristiana, por el contrario, habiendo alcanzado y conservado en su historia la independencia, posee para su comun fin religioso un derecho público reconocido, que aun á la confesion evangélica, nacida de la Reforma y caida en una dependencia excesiva respecto del Estado, debe devolverle mayor autonomía: abrazando este derecho público eclesiástico el todo de las leyes que regulan las mútuas relaciones de condicionalidad entre los miembros é instituciones de la comunion religiosa en su organizacion y gobierno.

Por último, el Estado, como un órden permanente y especial á su vez para el fin del Derecho, tiene su derecho público especial tambien (el llamado derecho político en estricto sentido), que comprende el todo de las condiciones necesarias para la existencia y desenvolvimiento de esta institucion establecidas en su constitucion, para las relaciones recíprocas entre todos sus miembros y organismos. El Estado, empero, por su universal relacion *jurídica* á todas las esferas de la vida, es á la par el órden *total* del Derecho y ha de mantener en consecuencia el derecho público *general* sobre todos los especiales: lo cual debe verificar de manera que éstos puedan hacer valer sus derechos apareciendo con la posible igualdad general y en vivo y activo enlace orgánico

con aquel. De aquí resulta la exigencia de una verdadera *representacion* pública, adecuada á su fin, y que por su importancia consideraremos ahora sumariamente.

§. 6.—La representacion en el derecho público.

1. *Consideracion general.*—El principio de la representacion tiene en el derecho público la misma base esencial que en el privado, á saber: la facultad y obligacion de velar por las personas é intereses agenos, que nace de la coexistencia y solidaridad humanas. Y así como esta idea ha recibido ya en la esfera privada, merced á las ideas jurídicas y á las costumbres de los pueblos germánicos, una aplicacion que trasciende del círculo del derecho romano, así tambien en la vida pública ha llevado al verdadero sistema representativo, desconocido de la antigüedad, y cuyo orígen no ha de buscarse exclusivamente en las instituciones germanas, segun sostiene Montesquieu, ni conforme quieren otros sábios modernos (C. S. Zachariä, Villemain, etc.), en el Cristianismo y sus primitivas asambleas; sino en ambos lados á la par. Cierto que el Cristianismo, y esto no se ha notado, en virtud de la idea de la representacion ó sustitucion, que tan alta importancia adquirió en su seno, facilitaba ya considerablemente su aplicacion práctica á toda la vida humana; además de que daba luego, y de modo más concreto, en sus concilios, compuestos de delegados de las diversas comarcas cristianas, un modelo para las asambleas semejantes del órden político. Pero no es ménos cierto que hallamos tambien entre los germanos, antes del Cristianismo, tales juntas generales de representantes de las distintas tríbus (1). Los comienzos son, pues, á un tiempo germanos y cristianos y favorecidos por

(1) V. p. 241, t. II.

la práctica, hasta que al cabo ha desenvuelto sistemáticamente la ciencia su principio para la vida del Estado.

Mas tambien aquí la política moderna, por su carácter abstracto, ha quedado deficiente en muy importantes respectos, dando al principio representativo una extension impropia, desconociendo con exceso que, por cima de la representacion, investida con grandes atribuciones, está otro principio de fundamental valor, á saber: el de la propia facultad de obrar *por sí*, que asiste á todos los miembros y órganos del Estado y la sociedad, al ejercitar su derecho. Además de esto, tampoco ha cuidado de limitar convenientemente la accion de los cuerpos representativos, mediante el concepto objetivo del Estado y su fin y los superiores derechos y obligaciones que de él nacen, y que se hallan sobre la mera voluntad y las resoluciones de una asamblea. Así es indudable que esa tendencia abstracta de la ciencia y la vida políticas ha ido afirmando una omnipotencia de la representacion, llena de peligros para la conservacion del órden político y de sus necesarias condiciones y elementos fundamentales, merced á la oscilacion de su poder arbitrario.

Mas no por esto se ha de querer retroceder á la representacion de los *antiguos* Estados ó brazos, en la cual los fines de derecho público eran concebidos más bien como de derecho privado, por la razon de que dichos Estados no representaban la totalidad y comunidad del pueblo, sino sólo intereses particulares, ya de los mismos diputados, (como en muchas familias que por derecho propio gozaban de esa prerogativa) ya de sus electores comitentes, á cuyas instrucciones estaban sujetos, cual mandatarios de derecho privado. Ahora, así como el Estado en sí mismo se ha elevado, desde la organizacion y los intereses parciales de la Edad Media á un órden *general*, así debe tambien tenerse por un progreso conveniente en la historia del sistema representati-

vo, que éste proceda de la unidad y totalidad del Estado, sin ligar á los representantes por instrucciones dadas, imponiéndoles sólo el deber de tomar por norma el todo social, el bien é interés comunes. Este sistema, tal como ha venido rigiendo hasta hoy, necesita modificarse en puntos capitales; ya haciendo que el respeto de las condiciones fundamentales del órden político, que ha de establecer la Constitucion, garantice con más seguridad el derecho propio y permanente de los diversos miembros é instituciones del Estado, protegiendo en general á todas las esferas jurídicas, en lo público como en lo privado, contra la arbitrariedad y las usurpaciones de las asambleas, ya organizando de otro modo la representacion misma.

Con todo, en sí propio, el principio de la representacion, no sólo se halla fundado *históricamente* y de un modo indestructible en la cultura moderna, si que es á la par el más importante vínculo ético-orgánico de la vida entera nacional y política. Así como en el cuerpo vivo, todos los aparatos, funciones y órganos están enlazados por nérvios que van de unos á otros, y éstos á su vez se reunen en determinados centros de union, como focos generales de vida, así tambien en el organismo ético-libre del Estado todos los miembros é instituciones se enlazan en diversos grados con el todo por órganos mediadores, que parten de ellos para bien del fin y la actividad comunes.

El reconocimiento del carácter ético de la representacion destruye de raíz todas las falsas nociones que corren sobre este asunto. La representacion no es una desmembracion del gobierno, sino que subsiste sólo con el fin de constituir, merced á la concentracion de las fuerzas intelectual y moralmente más capaces que se desenvuelven en los diversos elementos del Estado, un órgano constitucional en el *ejercicio* del poder de éste, que dé á conocer las necesidades é intere-

ses públicos, armonizándolos mediante el bien comun, manteniendo y fortificando á la par el sentido nacional y la actividad política y garantizando la legítima situacion de todas las partes; órgano que es tambien expresion de las *costumbres* y progresos morales, tan importantes en la vida del Estado. Esta concepcion aleja asimismo, tanto la *desconfianza* respecto del poder, en la que con grave error se quiere motivar la representacion, como la mecánica teoría del *equilibrio* y *contrapeso*, que sólo tiene un valor muy subordinado. Lejos de esto, la representacion tiene que obrar en comun con el poder político, que, por su naturaleza y fin, aspira igualmente al bien general, y aun ha de fortalecerlo, al concertar las opiniones sobre las condiciones, medio y camino para lograr este objeto. Mas si la institucion de que hablamos ha de responder á su mision, se requiere—exigencia ésta de decisiva importancia—que pueda formarse un juicio comun sobre el cumplimiento de sus deberes y el uso de sus derechos, naciendo al par de aquí su responsabilidad moral: por donde el ejercicio de la funcion representativa necesita ser *pública.*

2. *Grados y modos de la representacion.*—Debe ahora estudiarse la representacion en sus grados y modos, así como en la manera de formarse y en su composicion.

I. Los *grados* resultan de los mismos que ofrece la organizacion de la vida pública. El grado inferior se muestra en el *consejo de familia*, que debe ó constituirse ó más bien ampliarse pues existe en Francia (1), y en el cual los representantes lo son en virtud de las relaciones físico-morales del parentesco; sin que su dictámen y aun fallo en su caso deba por regla general ser conocido fuera del círculo de la familia.

(1) Tambien existe en otros países.—(A.)

El segundo grado es la *asamblea municipal*, que no puede faltar en ningun Estado civilizado, y en la cual ya se necesita cierta publicidad, si no de las sesiones, siempre á lo ménos de los dictámenes y resoluciones.

El tercer grado, prescindiendo de otros intermedios, que aún caben, como son las representaciones de comarcas y círculos (1), está constituido por la *asamblea provincial*, que en todo gran Estado es indispensable.

Otro grado, que supone un desarrollo superior de cultura, es el de la representacion de un territorio mayor (2) en una *Dieta* comun; aunque en las Naciones puramente alemanas, donde ha sido preparada por los antiguos *Estados generales* ó territoriales, se halla hoy reconocida de hecho y de derecho.—Por el contrario, es difícil esta cuestion en aquellos Estados de importancia, aun bajo el respecto de la cultura histórica (3), pero compuestos de diversas nacionalidades, donde, si bien la vida de la comunidad se ha desenvuelto hasta hacer posible una representacion de ese género, merced á un verdadero sentimiento de la unidad de la pátria y su conciudadanía, á la conviccion de la necesidad del vínculo y á la firme voluntad de mantenerlo y cooperar al comun fin superior, jamás puede, sin embargo, formarse semejante representacion, sino en cierto límite, y de manera que la unidad y subsistencia total del Estado, prímera condicion para que llene su alta mision histórica, no padezca menoscabo por ello.

II. La representacion debe tambien aplicarse á todas las *clases ó profesiones* socialmente organizadas para los fines capitales de la vida, siguiendo asimismo análoga graduacion.

---

(1) Por ejemplo, entre nosotros los partidos ó distritos, etcétera.—(*N. T.*)

(2) Por ejemplo, nuestros antiguos reinos. (*N. T.*)

(3) V. p. 307.

Para los fines económicos, se halla esta representacion en los consejos de las corporaciones, juntas ó cámaras y tribunales de agricultura, industria y comercio (1). De igual suerte puede constituirse, aun en las profesiones científicas y artísticas, hasta hoy poco organizadas, una representacion adecuada tambien, que conozca los intereses de estas clases y funcione al par como consejo de disciplina.

III. El enlace orgánico en todos los miembros capitales de la vida política y social reclama otro importante modo de representacion todavia, muchas veces realizado por las necesidades prácticas, á saber: el que se ejerce por medio de *asesores* (y aun presidentes en ocasiones), que en ciertos cuerpos representan aquellos otros órdenes, que tienen interés y derecho pára entender en su administracion y en sus fallos judiciales.—Esta funcion puede ser permanente ó temporalmente designada para un determinado asunto. En los tribunales mixtos que en los países protestantes existen para las causas matrimoniales, en los auditores ó presidentes letrados de las juntas y tribunales de comercio, y transitoriamente en los delegados que en las juntas generales de las grandes sociedades anónimas tienen por mision, en nombre de las autoridades del Estado, velar por el interés público, se hallan ejemplos de esta institucion. Pero en todo organismo que goce de una cierta independencia y en el cual haya que asegurar los intereses de otro y en especial los del Estado, como órden general jurídico, debe aplicarse esta forma, preferible siempre, por su eficacia inmediata, al sistema de instancias y apelaciones ulteriores á autoridades especiales.

IV. En la *formacion* de toda representacion electiva, y que no nazca por tanto de circunstancias físicas y morales, como el consejo de familia, ó venga determinada por causas

(1) V. p. 742.

históricas y el derecho político positivo, como acontece en Alemania con la alta nobleza, debe preferirse por principios la eleccion *directa*, en virtud de la relacion inmediata que establece entre el elector y el elegido. Pero en los grados inferiores de educacion de los pueblos, la eleccion *indirecta* puede considerarse como una escuela preparatoria para establecer en su dia el otro procedimiento; así como en una gran extension del sufragio, en la cual conviene separar y como *cribar* los votos, puede tambien aplicarse, ya exclusivamente, ya en combinacion con el voto directo que se reconozca á ciertas clases en determinadas condiciones, v. gr., en las grandes ciudades.

V. Respecto de la *composicion*, debe constituir la representacion una asamblea en los diversos círculos de la personalidad, en el consejo de familia, en el municipal, en el provincial, así como en todas las esferas profesionales, precisamente porque en cada una de éstas, siempre está representado *un sólo* organismo social. Pero en el órden general jurídico y político, debe ya la representacion formar *una* asamblea *doble* (no *varias* asambleas), conforme al llamado *sistema bicameral*. Demás de otras razones que ahora diremos, militan en favor de este sistema, por un lado, precedentes históricos, pues que en los antiguos pueblos germánicos existia ya la division en juntas de príncipes *(Gaufürsten)* y de la comunidad territorial (1), y aun despues aparecieron subdivisiones segun las clases, si bien no de un modo conveniente; y asimismo puede apoyarse en motivos de conveniencia, que nacen siempre de ideas acertadas, como la de precaverse contra una opinion exclusivista, ó contra la precipitacion, las pasiones, etc. Mas, en un órden superior, dicha division nace de principios fundamentales. Diversos

(1) V. p. 241, t. II.

han sido los que se han invocado á este fin, como los puntos de vista de que se ha procedido: especialmente se ha insistido en la distincion entre el elemento aristocrático y el democrático en toda Nacion y Estado, cada uno de los cuales pediria una representacion peculiar. Con todo, sin desconocer la importancia de estos elementos, pueden hacerse valer como corresponde en una razon superior.

Con efecto, la division en dos cámaras, consecuencia de la teoría que hemos expuesto, se funda en la distincion entre el órden *general* público del Derecho y el Estado, y los diversos órdenes *especiales* y profesionales ó de clase, aunque públicos tambien, y que si, ante todo, en sus respectivos círculos y para sus propios fines sociales obran con independencia, reciben tambien del Estado auxilio, segun el principio del Derecho; de suerte que en una cámara se aplica, predominantemente, el Derecho en sí y para sí, en su unidad y generalidad inmediatas; y en la otra, predominantemente, en su relacion mediata á todos los fines sociales y profesionales de la vida (1). Aquella, pues, representa á la Nacion como per-

---

(1) Esta teoría se halla desarrollada en mi *Doctrina orgánica del Estado*, p. 161, etc. La objecion que Pözl en su *Ojeada crítica (Kritischen Ueberschau)*, t. I, p. 251, hace contra esta division, diciendo que la distincion entre el fin directo y el indirecto del Estado le parece arbitraria, toda vez que en la proteccion de la moralidad, la ciencia y el arte tambien se halla interesado el *todo social*, descansa en el desconocimiento de la diferencia esencial expresada en el *modo* (que es de lo que se trata) cómo el Estado ha de velar por el Derecho y cómo ha de velar por los demás ramos de cultura.—Por lo que toca á la organizacion en sí misma, á lo ménos en el fondo, expresa hoy Mohl igual opinion á la que en mi mencionada *Doctr. org. del Estado* he desenvuelto, pues dice *(O. c.* t. I, p. 286): "Si es inexacto concebir la Nacion como una masa atomística y uniforme de individuos meramente coexistentes unos al lado de otros, sino que debe antes bien considerársela como compuesta de un gran número de círculos sociales, que en cuanto comunidad, tienen los mismos derechos é intereses, pero á quienes en su diversidad inmediata corresponde una

sona moral, en su *unidad*, segun los diversos grados de la personalidad; la otra, en el organismo interior de sus clases. Toda ley, empero, requiere la conformidad de ambas cámaras, para que los intereses se compensen y armonicen entre sí y mediante el principio general del Derecho.

La formacion de ambos cuerpos por medio de la eleccion tiene que ser tambien distinta. La primera procede de electores que, sin tener en cuenta la organizacion de las clases sociales, desempeñan su funcion en determinados centros locales de los círculos de la personalidad, con tal de que reunan sólo condiciones generales, así físicas como intelectuales y morales, únicamente relativas á su persona individual y que se establecen para el ejercicfo del derecho electoral y para la elegibilidad. La cámara por Estados es, al contrario, nombrada por los electores de cada clase. En esta cámara y á favor de condiciones que puede favorecer además el sistema de sufragio, tendrán cabida las individualidades eminentes de cada órden, es decir, que representará el elemento

---

voluntad y un círculo de libre accion adecuados, nace de la teoría de la *sociedad* la exigencia de constituir la representacion nacional segun los dos respectos, ciertamente distintos, pero no incompatibles, del reconocimiento de las varias *partes* reales y efectivas y de la *unidad comun* que á todas las abraza.»

Conforme á este sistema, la Constitucion reformada de Hannover, (en 1848) como es sabido, organizó la representacion en sus dos cámaras, si bien en un punto esencial de su desarrollo dió demasiado poca importancia á las pretensiones, históricamente fundadas, de la nobleza en lo que toca á la cámara por estados ó clases.—Por lo demás, creo haber sido el primero de los escritores alemanes (ya antes lo hizo notar DE SISMONDI) que ha expuesto en sus fundamentos (en la Filosofía del Derecho) el principio de la representacion por intereses. Pues LIEBE, al cual Mohl (p. 286), cita como primero, ha tomado en su obra *La nobleza territorial (Der Grundadel)*, 1844, p. 117, etcétera, tanto el principio del Derecho como el de la representacion, de la edicion francesa de mi *Filosofía del Derecho*, traducida al aleman en Brunswick á excitacion suya.

aristocrático, en el verdadero y cabal sentido de la palabra: y atendiendo á este principio, puede y debe la política, segun las circunstancias concretas de cada Estado, asegurar la participacion que por derecho histórico le corresponde, y al lado de las clases profesionales nuevamente organizadas, á la alta aristocracia de sangre, mediante representantes, ya electivos, ya por derecho propio.

Así, pues, será verdaderamente *orgánica* la representacion en que hallen lugar, tanto la *unidad* de la Nacion y del órden jurídico, cuanto la *diversidad* y especialidad de las clases y sus intereses, apoyando de esta suerte al poder *gubernamental*, que enlazando y conduciendo supremamente á todos los demás poderes, de una manera orgánica (1), ha de ordenar y dirigir la vida del Estado segun la superior concepcion total de sus relaciones internas y externas (2). La representacion es en la esfera política y social, el vínculo propiamente orgánico tambien de los indivíduos é instituciones particulares, tanto entre sí, cuanto con el todo, sosteniendo en ellos el proceso normal y regular de la vida; el medio que armoniza el derecho privado con el público; y el juez á quien toca determinar en cada caso, segun las condiciones y circunstancias, así como las costumbres de la Nacion, el límite entre lo que debe abandonarse á la libre accion privada de sus miembros y lo que ha de estar sometido á la decision é imperio de los poderes públicos: límite que no pueden señalar los principios para todos los casos (3).

(1) V. p. 163, nota (3), t. I.

(2) Sobre la doctrina que creemos más aceptable en este punto, permítasenos remitir al lector á los *Principios de Derecho natural*, por F. Giner y A. Calderon.—(*N. T.*)

(3) Sin embargo, este límite sólo resulta de la aplicacion de principios de razon. Así, la representacion nacional no podrá, v. gr., establecer la poligamia, ni la esclavitud, ni la pena de muerte, ni am-

Esta representacion tiene lugar supremamente en el poder *legislativo* del Estado. Mas de ningun modo es lícito desatender su importancia en las principales esferas de la administracion y en todos los demás círculos públicos donde, convenientemente organizada é investida de la publicidad que le dá vida, puede mantener el espíritu social, y aun extenderlo y difundirlo en las más capitales direcciones, allí donde falta aquella representacion más culminante.

Esta tendencia pública que ha de alimentar especialmente el órgano de la representacion en todos los círculos en que científicamente la hemos hallado indicada, es tambien en la práctica la condicion fundamental para despertar y fortalecer el sentido de la comunidad, el amor á la pátria, la cultura de la inteligencia, la formacion del respeto y consideracion al bien y á los fines de la sociedad. Donde la vida pública se comprime, los indivíduos se encierran atomísticamente en su sólo provecho y no se agrupan sino por el accidente de sus intereses personales; y si en la atmósfera corrompida y sofocante de la vida privada pueden hervir las miras y pasiones particulares, en cambio, el sentido moral y jurídico del todo, el sentimiento de la dignidad y el honor realzados por el espíritu comun, los caractéres nobles y firmes, la abnegacion por fines superiores generales, se ahogan más y más cada vez en el vértigo de los intereses egoistas, y en la aspiracion universal á compensar en la vida privada, ganando y gozando hasta el último límite que se consiente, los bienes perdidos ó frustrados en la vida pública. Pero precisamente la *monarquia*, fundada en la historia de

parar la prostitucion, ni autorizar el robo, etc., so pretesto del clima, la raza, la historia anterior, el grado de cultura social, etc., etc. La misma ley de adaptacion á todas estas circunstancias, en su lugar debido, ¿qué es, sino un principio absoluto?—(*N. T.*)

los pueblos civilizados de Europa; mantenida y consagrada por las costumbres y la adhesion de los pueblos; especialmente adecuada, por su posicion eminente, para procurar el bien comun, y que refleja la unidad, la permanencia y la conservacion del Estado; la monarquía, que es ante todo una institucion pública, llenará tambien su elevada mision para bien de las Naciones, merced á la cooperacion activa de todos los círculos de la vida social, á la fuerza reanimadora de las costumbres y de la opinion, y al íntimo comercio con los diversos intereses y sus órganos.

SECCION SEGUNDA.

Derecho internacional público.

§. 1.—Concepto y punto de vista.

I. *Concepto.*—El *derecho internacional* (1) es, en general, el conjunto de las normas que regulan las relaciones del comercio entre los pueblos, segun las condiciones de recíproca subsistencia y mútuo auxilio (2). Aparecen éstos bajo aquel concepto ya en su unidad y totalidad (más ó ménos políticamente establecida) como personas jurídicas, ya segun la pluralidad de sus indivíduos, cuyas relaciones, así las jurídicas como las más vitales del comercio humano, exceden del círculo propio del Estado, al cual, como indivíduos, pertenecen. Por esto, existe un doble derecho internacional: 1) el derecho internacional *público*, que comprende las normas para las relaciones complejas de cada pueblo en la totalidad del

(1) Para el derecho internacional merece recomendarse la obra de HEFFTER *Derecho internacional europeo contemporáneo (Das Europäische Volkerrecht der Gegenwart)*, 3.ª ed., 1856: para la historia, WHEATON, *Histoire des progrès du droit des gens*, París y Leipzig, 2 vol., 3.ª ed., 1853: para la literatura y las cuestiones principales, R. DE MOHL, *o. c.*, págs. 337 á 430, y LAURENT, *Histoire du droit des gens*, hasta ahora 4 vol. *(a)*, Gante, 1850-1854, obra que constituye más bien una historia filosófica de la civilizacion general humana.

(2) Pueden consultarse tambien: KLUBER, *Droit des gens moderne de l'Europe*; MARTENS, *Precis du Droit de gens moderne de l'Europe*; CALVO, *El derecho internacional teórico y práctico*; FIORE, *Nuevo derecho internacional público*; CARRARA AMARI, *Trattato sul dirritto internationale publico di pace*; BLUNTSCHLI, *Le Droit international codifié*; D.ª CONCEPCION ARENAL, *Ensayo sobre el derecho de gentes* con una introduccion de G. de Azcárate.—(*N. T.*)

(a) Esta obra se halla ya terminada, estando en curso de publicacion dos traducciones españolas, una por D. Gabino Lizarraga y otra por D. Angel Fernandez de los Rios, D. Nicolás Salmeron y D. Tomás Rodriguez Pinilla.—(*N. T.*)

fin que realiza; 2) el derecho internacional *privado (droit international privé)*, el cual (1) determina las reglas para los fines especiales, que han de alcanzarse por los indivíduos de los diversos Estados, en sus recíprocas relaciones.

El derecho internacional *privado* (2), que trata especialmente las cuestiones importantes y difíciles, tocantes á los límites de la aplicacion del derecho privado de un Estado en las relaciones de esa misma clase de derecho producidas en otro país ó que conciernen á indivíduos ó Estados extranjeros (3), se ha determinado con arreglo á principios diversos (4). En los antiguos tiempos de la historia germánica, su sentido de justicia hizo que se conservase el sistema de los derechos personales de los pueblos sometidos (5); en la Edad Media, á consecuencia de la formacion y desarrollo de la grandeza territorial, rigió el principio de la territorialidad unilateral; por el contrario, en los tiempos modernos se ha in-

(1) V. p. 199, t. I.

(2) V. para su literatura y cuestiones principales, MOHL, *o. c.*, páginas 441 á 454, debiendo añadirse en cuanto á la literatura, W. BORNEMANN, *Disertaciones relativas al derecho prusiano, (Erörterungen im Gebiete des preuss. Rechts)*, 1855 y J. UNGER en su *Sistema de derecho privado general austriaco*, págs. 149-210.

(3) Hay entre el derecho internacional *público* y el *privado* una distincion tan esencial, como la que habia en Roma entre el *jus honorarium*, derivado del edicto del *pretor peregrinus* y el *jus feciale*. FIORE llama al segundo, "teoría de los *conflictos* entre las leyes de los diferentes Estados" y FOELIX "conjunto de reglas en virtud de las cuales se ventilan y resuelven los *conflictos* entre el derecho privado de las diversas Naciones."—(A.)

(4) Estos principios que luchan hoy todavia y mantienen respectivamente los diversos escritores, son: el de la territorialidad, el de los estatutos, el de la reciprocidad, el de la aceptacion presunta de las partes, el de las *sententiae receptae*, el del consentimiento expreso ó tácito de los pueblos, la doctrina más fundamental que todas las anteriores de SAVIGNY desenvuelta y en parte modificada por SCHOEFFNER y la expuesta recientemente por FIORE.—(A.)

(5) V. p. 316, t. II.

troducido como regla el principio de la *comitas nationum* más conforme con el de la amistad de los pueblos; y aun en esta esfera, las bases generales más importantes podrán ser establecidas por el verdadero principio del Derecho, que requiere no sólo la independencia y la autonomía del Estado considerado como persona jurídica, sino tambien la cooperacion y las exigencias jurídicas de los fines de otros Estados, ya que muchas veces es aquella una condicion necesaria para el restablecimiento del Derecho (1).

El derecho internacional *público* (llamado tambien derecho de los Estados y *droit international)* cuyos principios fundamentales aquí se indican, puede y debe ser tratado y expuesto, como ocurre con toda rama del derecho público y privado, bajo un triple punto de vista (2), á saber: el *filosófico*, el *experimental* (á su vez histórico, estadístico y jurídico-positivo) y el *político* (3).

(1) Mohl, *o. c.*, p. 432, ha mostrado esto, especialmente al tratar la *coaccion* jurídica en las relaciones internacionales.

(2) V. p. 199, t. I.

(3) Algunos distinguen el derecho de gentes *naturale*, el *voluntarium*, el *pactititium* y el *consuetudinarium*; otros, como Ompteda y Kamptz, lo dividen en natural, natural modificado, consuetudinario y convencional; subdiviendo algunos, como hace Günther, el natural en *necessarium* ó *primarium* y *voluntarium* ó *secundarium*. Kluber lo clasifica en *natural*, que es el derivado de las relaciones que existen entre los Estados, y *positivo*, llamado tambien por algunos político, arbitrario y voluntario, que es el fundado en convenciones expresas ó tácitas: añadiendo que el derecho de gentes comprende sólo derechos perfectos, esto es, que se pueden hacer efectivos por la fuerza; el cual por tanto difiere, de la *moral* ó derecho interno de las Naciones, de las reglas de correspondencia *(decorum gentium)*, de la política y del simple uso de los pueblos *(usus gentium)*. Pradier Foderé *(Principes généraux de Droit, de Politique et de Legislation*, cap. XIV) denomina al *natural*: primitivo, absoluto, necesario, universal, interno ó filosófico; y al *positivo*: voluntario, práctico, externo, secundario ó arbitrario, subdiviéndolo en escrito ó convencional y consuetudinario ó no escrito, añadiendo que de lo comun

El derecho internacional *filosófico* desarrolla, *segun* la concepcion (no *contra* ella) fundamental y racional de las relaciones objetivas ético-orgánicas del comercio entre los pueblos, como miembros de la humanidad, las condiciones y normas tambien objetivas y fundamentales de su coexistencia y mútuo auxilio. La Filosofía del Derecho ha hecho reconocer de un modo evidente tambien en esta esfera principios verdaderamente cristianos y humanitarios y ha mostrado además su importancia práctica en las grandes escuelas filosófico-jurídicas. Hugo Grocio produjo un código de derecho internacional, muy apreciado y consultado por los hombres políticos, con su obra *de jure belli ac pacis*, 1625, (unida á su trabajo anterior *de mari libero*, 1609), en la cual se exponen con repeticion las exigencias de los pensadores y los preceptos del Cristianismo, y en la cual el principio de la sociabilidad se eleva á norma primordial. Todavia se difundieron más las obras de la escuela Wolfiana defensoras del principio que tiende al perfeccionamiento y al bien, y entre ellas la de Wattel (suizo) tan clara y nutrida, *Droit des gens*, 1758 (1), que ha sido, hasta los tiempos novísimos, el manual de la diplomacia de todos los pueblos civilizados. La escuela *kantiana* se ha generalizado ménos á causa de su modo abstracto de tratar las cuestiones, por más de que las obras de Martens y de Klüber, escritas en francés, se han apreciado bastante, aun fuera de Alemania. En cambio, pa-

---

que se encuentra en los diversos tratados se puede sacar una teoría ó *substratum*, como dice MARTENS, de *derecho de gentes positivo*; y FIORE dice "que todas las reglas que son una deduccion inmediata de los principios de la justicia absoluta, constituyen el *derecho primitivo* de las Naciones; y las que son un efecto de las *especificaciones* introducidas por el uso, por los hábitos y por las convenciones constituyen el *derecho secundario*.

(1) De esta obra se ha hecho una edicion francesa por ROYER COLLARD, París, 1835, y una traduccion inglesa por J. CHITTY, Lóndres, 1834.

rece llamado á recibir aceptacion práctica un método de exposicion, animado de un espíritu de indagacion filosófica de las relaciones de hecho, como el de Heffter, el cual ha tomado la mejor tendencia de la filosofía de Hegel que tan marcadamente se dirige á las relaciones objetivas, en su obra *Derecho internacional europeo actual* (1). Pero, sin embargo, todavia es necesario un desarrollo científico más profundo de los principios fundamentales, y se hace sentir tambien la necesidad de que ciertas lagunas se llenen.

El derecho internacional *positivo*, segun sus fuentes, entre las cuales no se cuenta una autoridad comun investida de poder legislativo, autoridad cuya necesidad el derecho filosófico indica solamente como un ideal para realizar una paz, si no perpétua, á lo ménos duradera, consiste, no en leyes formales generales, sino principalmente en las *costumbres* internacionales, formadas por el progreso de las cristianas y humanas, de donde dimana, por la carencia de leyes positivas, la más inmediata y predominante autoridad de la *ciencia* en esta esfera, y finalmente en *tratados* que sólo alcanzan para las partes contratantes, por falta de coaccion jurídica, fuerza obligatoria natural y eficacia relativa, fundada en el respeto moral debido á los contratos y á las relaciones de derecho internacional.

La *política* del derecho internacional (que debe distinguirse bien de la política exterior de un Estado) se funda en las bases del derecho internacional positivo, cuyos principios debe considerar como obligatorios en toda relacion, aunque siempre segun exigencias filosóficas más elevadas que ha de tener en cuenta; así como en la ciencia y en la práctica, conciliadoras de las relaciones dadas, y en las necesidades de la civilizacion y del progreso. Lígase estrechamente al derecho

(1) *Das Europäische Völkerrecht der Gegenwart*, 3.ª ed., 1856.

internacional filosófico y al positivo, pero es indispensable siempre distinguir en ella tanto los principios generales como el derecho temporal. Así, por ejemplo, el derecho internacional filosófico reclamaba desde hacia mucho tiempo la igualacion fundamental y jurídica del derecho de guerra terrestre y marítimo, con lo cual casi todo el derecho positivo se hallaba en contradiccion; pero la política, por medio de la ciencia y de la práctica, ha producido ya una grande aproximacion, la cual se halla actualmente consagrada en los Estados europeos, por el tratado de Marzo de 1856.

§. 2.—Ojeada histórica al desarrollo del derecho internacional.

El derecho internacional, como todas las relaciones importantes de la vida, se ha formado primera y principalmente bajo el influjo de ideas religiosas. Así hallamos, limitándonos á la antigüedad clásica entre los griegos, ciertos principios referentes á la religion y al culto (v. gr., el respeto al derecho de asilo en los templos conquistados, la inhumacion de los cadáveres del enemigo), y tambien el Consejo de los Anfictiones que mantuvo en vigor diversos derechos comunes á las estirpes griegas. En Roma el derecho internacional no alcanzó progreso alguno. El derecho fecial de los romanos se refirió formalmente tan sólo á determinados usos de guerra sin mitigarlos en nada. Tambien en el derecho internacional constituye el Cristianismo el gran punto inicial (1). Bajo el influjo de la creencia en un Dios, padre de todos los hombres, y el precepto, de ella derivado, de tratar á todos como hermanos, el derecho internacional hubo de recibir una esencial metamórfosis. Pero ésta halló su punto de apoyo más firme, de un lado, en la unidad *nacional*,

(1) V. p. 231, t. I.

opuesta á la unidad *política* romana, de las razas germánicas, que avanzaban victoriosas sobre todas, y de otro, con razones más espirituales, en la fuerte organizacion de la Iglesia cristiana, unida bajo una cabeza espiritual que se interpuso á menudo con carácter conciliador, ó como árbitro que tendia á mitigar y abolir las costumbres rudas. De aquí se originó un derecho internacional cristiano que rigió en el *Estado de los pueblos germánicos europeos*, en el cual la cabeza universal, así como el emperador romano, asumió el dominio sobre todo el mundo ó por lo ménos el dominio feudal sobre todos los países cristianos. Este derecho internacional cristiano europeo se mejoró por las comunes empresas de los pueblos cristianos en las Cruzadas, por el progresivo desarrollo del comercio y por la recepcion misma del derecho romano como un derecho vigente en todos los pueblos cristianos. La *Reforma* cierto es que produjo un cisma eclesiástico, pero no sólo conservó, sino que desarrolló el espíritu moralizador cristiano y produjo los principales escritores de derecho internacional. Pero una política egoista y astuta, nacida en Italia y ejercida especialmente en España, penetró más y más en los gabinetes. La arrogancia de los Estados singulares hizo aparecer entonces como salvaguardia de la propia conservacion el importante sistema del *equilibrio*, que ha atravesado diversas fases. Tuvo orígen en tiempo de la rivalidad de Cárlos V y Francisco I. El plan de Enrique IV se referia á él, y á él debió más adelante el protestantismo aleman el apoyo que le prestó la católica Francia. La paz de Westfalia sancionó el resultado de los acontecimientos, y como declaró la igualdad de derechos entre las confesiones católica y protestante, estableció tambien una especie de equilibrio entre las casas de Habsburgo y de Borbon. El orgullo de Luis XIV, que aspiraba al principado europeo, fué abatido, bajo Guillermo III, por In-

glaterra, que habia ya opuesto desde Cromwell el fundamento de su poder marítimo y comercial, y por los neerlandeses, entonces florecientes, que permanecian firmes ante la desgracia. Pero nuevos cambios ocurrieron en el establecimiento del poder de los Estados. Inglaterra, despues de la derrota de la marina francesa en la batalla de la *Hogue*, 1692, se hizo reina de los mares. Pedro el Grande, qué en 1721, alcanzó para sí la corona de Emperador, condujo á la Rusia por el camino de la civilizacion y del comercio continental europeo; Prusia se elevó, con perjuicio del Austria, al rango de Potencia de segundo órden, aflojó el nudo de la Confederacion Germánica, pero aumentó el número de los Estados influyentes que hacen sentir su peso; por el contrario, la separacion de los Estados-Unidos dirigió el primer golpe á la dominacion de Inglaterra en los mares, en lo cual Francia halló su compensacion, y mientras comienza el repartimiento de la Polonia estalla la *revolucion francesa.* Con ella se inauguró una época en el derecho internacional. La lucha de principios que provocó, trocóse en verdad rápidamente en una guerra nacional y despues en una guerra de conquista, alimentada por el excesivo egoismo personal del nuevo dominador, por más que mediante esa guerra se realizaron los destinos de Europa en la reforma y la aparicion de nuevas relaciones. Pero el arbitrio despreciativo que durante tanto tiempo dispuso victoriosamente de los pueblos como de simples masas, sometiéndolos todos á un solo impulso y á un fin único, por más que se manifestase en diversas direcciones y temperamentos, excitó, despues de la caida definitiva en todas las Potencias, la conviccion de que era necesario establecer principios internacionales más sólidos. El derecho, y especialmente el derecho fundado en la historia, (legitimidad) debia ponerse en lugar del arbitrio, y un equilibrio (1)

(1) Así Talleyrand, cuando trataba en el Congreso de Viena la

protector de los derechos universales, en el del predominio ejercido por uno sobre todos, á fin de hallar así la garantía del reposo europeo. Pero alcanzó al mismo tiempo importancia un concepto moral más alto de las relaciones internacionales. Se reconoció que existian en la vida de los pueblos intereses elevados y comunes á todos los Estados y á su subsistencia, intereses cuya conservacion constituye un deber comun tambien. Al principio sólo se presentaba ante los ojos como predominante el interés de un reposo exterior, pero despues hubo de volverse la atencion, cosa que hasta entonces no habia nunca ocurrido, hácia el interno desarrollo de todas las fuerzas espirituales, morales y sobre todo económicas, y los gobiernos estuvieron entonces animados por el deseo, determinado por los más importantes intereses de los pueblos, de conservar el órden europeo sobre las bases de las actuales posesiones, como lo ha probado la última lucha sostenida en pró de este principio. Sin embargo, subsiste todavia Turquia como una cuestion no resuelta, debiendo demostrar, pues tal es la condicion para su permanencia, que es capaz de responder á las necesarias exigencias de la cultura histórica, esto es, que puede trasformar el territorio que hasta ahora ocupa en Europa en un centro de civilizacion; hay, por otra parte, en el corazon del continente una política alemana, firme y comun, sostenida por una íntima y fuerte union, como una necesidad para las eventualidades del porvenir; y existe, al otro lado del Océano, un pueblo emprendedor, cada vez más poderoso, que al egoismo de una Nacion comerciante une un radicalismo peligroso; pueblo seguramente des-

---

cuestion sajona, dijo abundando en estas opiniones: "Le traité (de París) du 3 Mai 1814 voulut que tout droit légitime fut respecté et que les territoires vacants, c. á d. sans souverain, fussent distribués conformement aux *principes de l'equilibre européen*, ou, ce qui est la même chose, aux principes conservateurs des *droits* de chacun et du *repos* de tous."

tinado á mezclarse en la política de Europa, obligada, aun sin esto, á considerar más y más cada vez en sus cálculos á todos los países. Por lo demás, la sábia y recta política, que ha resuelto desde hace treinta años más de una cuestion difícil, y que se funda en la solidaridad de los pueblos, siempre creciente á causa de sus más esenciales intereses, está llamada á establecer, por medio de un íntimo sistema federativo de derecho internacional, un estado de paz más duradero.

§. 3.—Principios capitales del derecho internacional.

El derecho internacional se funda, sobre todo, no en las disposiciones del arbitrio humano, sino objetivamente, en el conjunto de las relaciones éticas de los pueblos, que se determinan por su voluntad práctica y por su íntimo desenvolvimiento, ofreciendo la historia de este derecho la prueba más irrefragable de que las relaciones producidas por la voluntad y las intenciones de los hombres son más poderosas cuanto ménos contradicen á dichos fundamentos. Los principios capitales pueden reducirse á cuatro puntos.

1. El *fundamento* del derecho internacional es el conjunto *ético* de las relaciones determinadas por la voluntad de los pueblos, conjunto puesto por Dios en la Naturaleza y en la Humanidad como un todo en el cual los miembros se condicionan recíprocamente en la coexistencia y mútuo auxilio, teniendo y debiendo conservar cada pueblo que aparece constituido en órden político su *sustantividad* como persona moral, sin dejar por ello de hallarse al mismo tiempo en *comunidad* con los demás, ya para que su propia existencia se fortifique, ya para contribuir al cumplimiento de los fines de los demás y todos juntos realicen la mision de la Humanidad. Por lo tanto, deben considerarse en el derecho internacional tantos principios especiales, cuantas son las relacio-

nes mismas. Hay, segun esto, relaciones naturales (geográficas, fisiológicas y étnicas) que aun en la consideracion práctica, revisten una grande importancia ética; las hay, y no son ménos importantes, religiosas, espirituales, morales y económicas, las cuales, si sólo fueron antiguamente medios externos de union, constituyen en estos últimos tiempos el vínculo especial de fuerza más adherente. Todas estas relaciones son fuerzas internas que determinan las de derecho internacional (1).

2. El *principio* supremo del derecho internacional es el *Derecho* mismo, el cual, en la realizacion del estado jurídico, dá tambien las condiciones para el desarrollo de la cultura de los pueblos. Este derecho, segun el principio expresado, es el conjunto de las normas que regulan las condiciones derivadas de las relaciones éticas de la comunidad orgánica; esto es, que regulan, tanto la sustantiva coexistencia, como las necesidades recíprocas y el cumplimiento comun del fin humano. Dichas condiciones derivan, en parte *necesariamente* de la esencia natural, y en parte de la voluntad de los pueblos *libres*, pero siempre determinada por las relaciones; síguese de aquí que especialmente se establezcan tambien, ya autorizándose en la costumbre, ya por medio de libres acuerdos formales (2).

(1) V. §. 4.

(2) El hombre es sér de Derecho en cuanto es limitado y libre: por lo primero há menester de condiciones para vivir; por lo segundo las presta á su vez á los demás. Pues siendo las Naciones tambien partes de un todo é independientes, necesitan dar y recibir condiciones á fin de que sea posible el cumplimiento del destino de cada una y mediante esto el de la humanidad; es decir, que las condiciones que constituyen el contenido del *derecho de gentes* se derivan de la naturaleza misma de estos séres ó personas sociales que las prestan ó las exigen. A la luz de este principio que no es otro que el del Derecho mismo, es fácil ver la verdad parcial que encierran algunos de los conceptos expuestos por los autores. El derecho de gentes es un *su-*

3. El *efecto externo*, que tambien el Derecho ha de tomar en consideracion, en el conjunto del organismo ético de los pueblos, es el equilibrio orgánico-dinámico. La idea del equilibrio vivo, constantemente cambiando con el desarrollo, era ya conocida de la antigüedad (1), pero no alcanzó aplicacion especial hasta los tres últimos siglos, si bien ha sido combatida más de una vez en nuestros tiempos. Oponen, sin embargo, éstos, únicamente el usual concepto de aquel, que

---

puesto de que parten los pueblos, como dice Heffter, porque es una condicion necesaria para su vida que sienten aún antes de conocerla. Nacen, segun afirma Grocio, del *consentimiento universal*, no porque éste lo cree, sino porque lo declara en vista de datos y exigencias comunes á todos los países, puesto que trae su orígen de la naturaleza humana. Depende de la *razon*, en cuanto ésta lo revela, y del *uso*, en cuanto él lo consagra, en cuyo sentido puede admitirse lo dicho por Bynkershoëk. La idea de la república universal de Wolf es uno de sus supuestos, como lo es otro la de persona ó autonomía de Lorimer; puesto que sin aquella no habria relacion jurídica y sin ésta faltarian los términos de la misma. La *comunidad de ideas* ha contribuido ciertamente á formar el derecho de gentes positivo, segun sostiene Savigny, como que aquella se deriva de la comunidad de naturaleza. La felicidad general de que hablan Leibnitz, Cumberland, Bentham y otros, es el resultado del respeto á este derecho, en cuanto él viene á reconocer y consagrar condiciones necesarias de vida para los pueblos. La *libertad* exterior de la persona y la reciprocidad de que habla Heffter, son datos imprescindibles para el caso, porque sin ambas no se concibe la mútua prestacion de medios que constituyen el contenido del derecho todo; así como por igual motivo, es base del de gentes ó internacional la *naturaleza de la sociedad que existe entre las Naciones independientes*, como sostiene Wheaton. Por último, las *reglas afirmadas por los escritores*, de Calvo, y la *expresion formal de la opinion pública*, de Lord Cairns, valen en cuanto son lo que Fiore llama *reconocimiento social*, *expresion exterior de la ley externa*, esto es, declaraciones concretas de los principios racionales que deben constituir el derecho de gentes y que no son otra cosa que derivaciones de la naturaleza misma de las Naciones y de la Humanidad.—(A.)

(1) V. especialmente sobre Demóstenes y Polibio á Wheaton, *o. c.* p. 16.

condenaria de seguro la vida y los Estados á una perdurable inmovilidad, puesto que cuando en un mecanismo se altera el equilibrio, la máquina se inutiliza. Mas en el elevado organismo ético de la vida de los pueblos, tanto ménos constituye el equilibrio una rémora del progreso, cuanto ménos se opone á la marcha del animado cuerpo orgánico. Para este equilibrio conviene, pues, tomar en consideracion todas las fuerzas vivas y especialmente las *morales*. Así como en la vida orgánica del indivíduo la voluntad es quien mantiene en pié la vida (yacen tendidos indivíduo y pueblo que duermen), así tambien en el organismo de los pueblos la voluntad moral determinada por la costumbre y por el Derecho es lo que en el Estado particular produce una fuerza de autocracia y de moderacion y que como voluntad moral y jurídica sostiene en los grandes Estados, las relaciones que podrian fácilmente ser turbadas por externas aspiraciones de poder. Por esto se ha hablado tambien de un «equilibrio del Derecho,» que es precisamente un equilibrio dominado por su principio ético. Y por eso si se pretende armonizar en el mayor grado posible las relaciones externas con aquel principio, no puede ningun Estado prescindir del equilibrio ético exterior, que á causa de esto será siempre en la política máxima directriz.—Pues si dicho equilibrio se rompiese bajo cualquier respecto por el legítimo desarrollo interno de un Estado, entonces convendria que los demás tratasen ora de enardecer interiormente sus propias fuerzas, ora de estrecharse (aun sin una formal alianza exterior) con otros igualmente amenazados. Por lo demás, en todo cambio de equilibrio, que, como hemos visto, no puede ser siempre el mismo, en el desarrollo de la vida de los pueblos, se producirán *contrapesos*, los cuales no constituyen por sí mismos un sistema, sino solamente un medio para la conservacion de dicho equilibrio.

4. La *forma* social de las relaciones jurídicas entre los pueblos será un sistema *federativo* llamado á perfeccionarse cada vez más. La federacion, aunque no siempre se ha manifestado al exterior, ha sido ya una fuerza motriz en la sociedad de las Naciones, y desde el Cristianismo en adelante se pueden señalar diversas fases por las cuales han atravesado los pueblos europeos cristianos (1). En nuestros tiempos, las cinco grandes Potencias se han constituido por sí mismas en *asociacion* (2); y como deben considerarse medios de consolidacion y de perfeccionamiento ulterior, no tanto las alianzas de Estados particulares, que en mayor ó menor grado son una amenaza á los demás, sino los frecuentes Congresos, por los cuales, sin guerra precedente, se han resuelto muchas cuestiones internacionales (Bélgica, Neufchatel); convendria para alcanzar mayor perfeccion en este punto, establecer una forma más fuerte por la cual las importantes cuestiones, preñadas de guerras, se sometiesen á un senado conciliador europeo y hasta á un arbitraje (3). El derecho internacional,

(1) V. R. S. ZACHARIÄ, 40 *libros*, etc. (40 *Bücher u. s. w.)* t. v, págs.. 173-234.

(2) V. la declaracion de los plenipotenciarios de las cinco grandes Potencias en el Congreso de Aquisgran, 1818, reproducida por HEFFTER, *o. c.*, §. 5: "Les souverains ont regardé comme la base fondamentale leur invariable résolution de ne jamais s'écarter..... de l'observation la plus stricte du droit des gens; príncipes qui..... peuvent seuls garantir efficacement la stabilite de leur *association* générale.

(3) El favor que alcanza el *arbitraje* ó arbitramento se muestra, no sólo en los repetidos casos en que se apela á él, entre los cuales merece especial mencion el famoso del *Alabama*, sino tambien en el hecho singular de que por todas partes se van haciendo declaraciones oficiales para extenderle más y más. En las Cámaras norte-americanas se impuso en 1853 al Presidente la obligacion de insertar en todos los tratados la cláusula del arbitraje. En Inglaterra la propuesta de uno permanente y general que antes hiciera el ilustre COBDEN y que fué rechazada, se adoptó por una gran mayoría el 9 de Julio de 1870 cuando la reprodujo Mr. HENRY RICHARD, no obstante haber

que en la actualidad no es exclusivamente europeo, sino esencialmente europeo-americano y que se difunde tambien más y más cada dia entre los pueblos asiáticos (China, Japon), tiende claramente á trasformarse en un derecho del globo, y, como ya lo ha hecho por el pacto obligatorio de la intolerancia del comercio de los esclavos, á realizar cada vez más las condiciones de una humana comunidad de los pueblos.

§. 4.—Division y reseña del derecho internacional.

Ante todo hay que dividir el derecho internacional de la misma manera que el privado y político, cosa que hasta ahora no se ha hecho, en *general* y *especial*. El primero desarrolla los principios objetivos, el derecho general de los pueblos, personas, cosas y obligaciones, como tambien el derecho de persecucion jurídica (especialmente derecho de guerra); el segundo desenvuelve el derecho internacional segun los particulares y esenciales fines y condiciones de la vida de los pueblos para las recíprocas relaciones ó los esfuerzos comunes.

I. *Derecho internacional general.*

---

manifestado Mr. GLADSTONE que no habia todavia en la conciencia de Europa el adelanto necesario para el caso. En Italia, donde habia propagado la idea PIERANTONI, propuso en 1871 MORELLI la creacion de un tribunal anfictiónico y presentó MANCINI en el Parlamento una proposicion igual á la de Mr. Richard que se aceptó el 24 de Agosto de 1873; y lo mismo se hizo en Suecia, en Holanda, por MM. BREDINO y VAN-ECK el 29 de Noviembre de 1874, y en Bélgica, por THONISSEN el 30 de Enero de 1875, siendo de notar en este punto que, como dice LYON-CAEN (Prólogo á *l'Arbitrage international* de M. F. Bonard de Card); "los árbitros antes eran siempre Jefes de Estado que, sin reglas preestablecidas juzgaban más bien como legisladores, que como jueces, mientras que en el asunto del *Alabama* el tribunal de Ginebra se componia de simples particulares que constituian un verdadero tribunal, el cual aplicó las tres grandes reglas sobre los deberes de los neutros del tratado de Washington.—(A.)

A. Los *principios capitales* quedan brevemente expuestos más arriba (1).

B. El *derecho internacional de las personas* desarrolla los derechos, más ó ménos políticamente ordenados, de la persona moral.

1. Diversas son las relaciones personales de los pueblos, como Estados. Los hay, *a)* simples, *b)* compuestos, siendo principalmente estos últimos uniones de Estados (Estados-Unidos) bajo un dominador comun, en los cuales se dan diversas variedades, ó *c)* reuniones de Estados y en particular la *confederacion de Estados*, donde la soberanía radica en los Estados especiales (Confederacion Germánica) ó el Estado de confederacion, donde la soberanía se halla en la unidad que representa la totalidad. (Norte-América, Suiza.)

2. Los *derechos* son: *a)* principalmente el de la personalidad moral de un pueblo como Estado, del cual resultan importantes derechos especiales para mantener su subsistencia, dignidad y honor, así como para producir su manifestacion y conservacion; *b)* la igualdad jurídica formal de todos los Estados independientes; *c)* el derecho de sustantividad (soberanía) y de libre y propia determinacion, comprendiéndose especialmente en este último aspecto, por lo que al interior toca, la competencia de un Estado para establecer independientemente las condiciones fundamentales de su vida interna en la constitucion y administracion segun sus necesidades y grado de cultura, siempre que no se perjudiquen con aquellas determinados derechos de otros Estados. La práctica confirma cada vez más que el derecho de intervencion, á menudo empleado, no responde al fin que se propone; *d)* el derecho de la comunidad de los pueblos en general, y consiguientemente el derecho del comercio y de la

(1) V. §. 3.

union ó asociacion de los pueblos. La comunidad debe ser permanente. De aquí los embajadores permanentes con carácter públicamente acreditado, como representantes de sus soberanos, á fin de vigilar las condiciones jurídicas de aquel Estado para con los demás. Estos embajadores se dividen hoy en tres clases principales: 1) los legados pontificios, *a* ó *de latere* y nuncios, semejantes á los enviados ó embajadores de las Potencias seculares; 2) los que llevan el título de internuncio (como el enviado austriaco en Constantinopla), de enviado ó ministro plenipotenciario, acreditado diplomático cerca del soberano; 3) los simples encargados de negocios *(chargés d'affaires)*, que estan acreditados tan sólo cerca del ministro de Negocios extranjeros.—Una clase intermedia entre la segunda y la tercera debia constituirse, segun el Protocolo de Aquisgran de 1818, con los que llevando el título de ministros residentes, pertenecen al personal acreditado en las córtes extranjeras. Existe para los enviados un ceremonial y un derecho especiales, principalmente el de esteritorialidad. La doctrina de la *diplomacia* desarrolla más especialmente sus principios fundamentales y sus normas, así como las formas de las relaciones diplomáticas.

C. El *derecho real internacional* se refiere sobre todo al territorio del Estado, á sus pertenencias, colonias y á aquella parte de mar que segun los principios internacionales puede ser poseida por un Estado (v. gr., la distancia de un tiro de cañon, un cierto número de millas marítimas desde la costa) y regula la integridad, las fronteras, la condiciones para la quisicion ó la pérdida de la propiedad por el Estado.

D. El *derecho internacional de obligaciones* se deriva, lo mismo que el derecho privado: 1) de los negocios jurídicos de los pueblos, principalmente por contratos bilaterales; 2) de acciones anti-jurídicas; 3) de circunstancias.—Por lo tanto, los contratos internacionales deben dividirse como los de de-

recho privado, en contratos patrimoniales y éticos que versan sobre relaciones diversas de las de bienes materiales. Las relaciones de comunidad entre los pueblos, cuando se fundan por contrato, son pactos de amistad *(alliances)* para el auxilio de varios Estados, ora en general, ora tan sólo para determinados casos ó confederaciones, como uniones permanentes y con instituciones comunes para fines comunes tambien.

E. El derecho de *procedimiento* regula las condiciones en virtud de las cuales pueden restablecerse entre los pueblos los derechos que un Estado cree perturbados, y comprende tres modos susceptibles de constituir en aquel tres situaciones distintas.

1. Las tentativas para dirimir el conflicto *amistosamente* son: negociaciones jurídicas; los *bona officia* aceptados, de una tercera Potencia; la mediacion *(médiation)* que da lugar despues á una consideracion jurídica, como tambien el compromiso.

2. Las medidas violentas, como medio de *propia defensa*, son principalmente las *represalias* ó violencias que adopta un Estado respecto de las personas ó cosas de la parte contraria á fin de determinarla, por medio de la retencion ú ocupacion provisional, á cumplir su deber; represalias que siendo más rigorosas, pueden llegar á constituir el embargo, esto es, el apresamiento de las naves del adversario fondeadas en los puertos, y hasta el *bloqueo*. Debe distinguirse de las represalias la *retorsion* ó aplicacion por un Estado de los mismos principios en que se fundan las medidas estimadas por otro como injustas (segun tan á menudo ocurre con las leyes de aduanas).

3. La *guerra*, último medio necesario para conseguir el Derecho, se halla sometida á ciertas condiciones, normas jurídicas y formas, que, gracias al Cristianismo y á la cultura

humana, se han ido elevando á costumbres, siempre más conformes, en cuanto en tales relaciones ha sido posible, con las exigencias de la humanidad, formándose de aquí las *costumbres*, esto es, los *usos* de la guerra. La violacion de ellos en caso de necesidad se legitima solamente por la llamada *razon de guerra*. El derecho de guerra regula, tanto las relaciones de las partes beligerantes entre sí, como las relaciones de las *neutrales*, que se hallan en perfecta (única verdadera) ó imperfecta neutralidad. Se ha reconocido como principio general que la guerra no se verifica entre las Naciones, sino entre los ejércitos enemigos. De aquí se sigue que en los países enemigos deben ser respetadas las personas y su propiedad. Hácese, sin embargo, hasta ahora de este principio una sola excepcion en la guerra marítima. Pero el progreso del derecho internacional tiende á igualar ésta con la terrestre y á abolir toda confiscacion de la propiedad privada de los Estados enemigos, ora tenga lugar por captura privada, ora por cruceros alistados al efecto. El último tratado de paz de París de 30 de Marzo de 1856, estableció para la guerra marítima, y como normas obligatorias entre las partes contratantes y las que sucesivamente se adhiriesen, importantes principios largo tiempo propuestos por la teoría y que ya venian reconociéndose en algunos tratados particulares, á los cuales Inglaterra ha permanecido extraña (1).

(1) Hé aquí los principios pronunciados como declaraciones solemnes: "1.º El corso es y queda abolido. 2.º El pabellon neutral cubre la mercancía enemiga, excepto el contrabando de guerra. 3.º La mercancía neutral, excepto el contrabando de guerra, no puede ser buena presa, aun bajo bandera enemiga. 4.º Para que los bloqueos se hagan obligatorios deben ser eficaces, esto es, sostenidos por una Potencia beligerante bastante fuerte para impedir en efecto al enemigo la proximidad á las costas." Los Estados-Unidos del Norte de América han declarado (despacho de Marcy) que ellos aceptaban el pri-

II. El *derecho internacional especial*, que toca á la ciencia desarrollar fundamentalmente, comprende:

A. El *derecho de religion* de los pueblos. Pueden éstos hallarse en relaciones religiosas (misioneros), ó pueden tener tambien un alto interés en que una religion, las confesiones cristianas especialmente, que guarde armonía con los principios morales y religiosos consagrados, sea reconocida ó al ménos no turbada en un Estado. Cabe satisfacer este interés superior por medio de contratos, que, á ménos de estar limitado por otros el ejercicio de alguna facultad, podrá celebrar el Estado sin menoscabo de su derecho de soberanía, pues que se trata de relaciones que exceden de la esfera y poder del mismo. Lo que ocurrió en la paz de Westfalia, y recientemente en la paz de París de 30 de Marzo, art. 9.°, con respecto á Turquía, puede convertirse en otros casos en una necesidad.

B. El *derecho internacional científico é industrial*, se ha formulado en los tiempos novísimos y en un importante aspecto en los tratados literarios.

C. El *derecho internacional de comercio*, es el que hasta aqui se ha formado mejor. Refiérense á esta categoría todas las doctrinas concernientes á las relaciones comerciales de los pueblos entre sí; lo mismo las máximas generales de Derecho, las cuales, paralelamente á las teorías económicas nacionales, constituyen la base de la política comercial, como tambien las instituciones para las relaciones comerciales, especialmente la organizacion consular.

mer artículo bajo la condicion de "que las grandes Potencias aceptasen unánimemente el gran principio del respeto á la propiedad privada tanto en tierra como en mar." Esta declaracion, hecha por tan importante Potencia marítima, que, en general, ha recibido entre las demás una acogida favorable (de Rusia un formal reconocimiento), encierra en sí el principio, cuya completa adopcion no deberia hacerse esperar.

D. Pero también el *derecho internacional de industria*, exige en los puntos principales una regulacion comun, establecida ya en la mayoría de los Estados; aunque de un modo diverso. Así se podria, por ejemplo, adoptar el acuerdo necesario para dejar determinado el tiempo de trabajo en las fábricas, á fin de que la realizacion de las más progresivas tendencias de humanidad de un Estado, no hallen un obstáculo en la concurrencia por la carestía del producto.

E. Finalmente, la subsistencia de un Estado y tambien una determinada forma de organizacion política (tratados de garantía, de neutralidad perpétua) pueden ser objeto de ordenacion internacional.

Estas importantes relaciones de la vida de los pueblos deben establecerse principalmente por medio de tratados; pero sin comprenderlas en el derecho de contratos, puesto que aquellas pueden ser determinadas por la necesidad y sin prévio tratado, y ser atacadas de modo que se haga lícito tomar precauciones.

Queda con esto terminada la exposicion sumaria del sistema del derecho privado y público, que, aunque incompleta en varios puntos, ofrece sin embargo todos los principales, y constituye un ensayo científico, encaminado á determinar, sobre la base fundamental de un principio jurídico derivado de la naturaleza ética del hombre y de las relaciones de la vida humana, todas las que al Derecho se refieren, y de determinarlas, no abstractamente, sino segun la interna naturaleza de las *relaciones de la vida*, prestando al mismo tiempo medios para propagar una aspiracion jurídica más elevada, capaz de promover el concepto *moral* de la vida y contribuyendo á que el Derecho y la ciencia del Estado alcancen en su ulterior formacion la *unidad* que hoy casi por completo le falta.

APÉNDICE.

LA METODOLOGÍA JURÍDICA.

La metodología jurídica es la guia para la más conveniente distribucion, manera y modo aplicables al estudio de toda la Ciencia del Derecho, especialmente en la enseñanza académica.

El estudio de dicha Ciencia, que ha seguido generalmente las tendencias del espíritu y los movimientos de cada época, ha experimentado en nuestro tiempo los cambios que en otras se han introducido. Preséntase hoy como carácter fundamental, el alejamiento de los principios elevados y de las ciencias afines, la aisladora direccion de éstas dentro de sí mismas, el desarrollo en latitud, el amontonamiento de materiales, y, como consecuencia de todo, una tendencia *materialista*, opuesta á las actuales direcciones de la vida. Notorio es cómo hasta en la misma filosofía, por el abandono de una firme indagacion, predominantemente espiritual y analítica del propio sér y por la precipitacion del espíritu en el proceso del desarrollo universal del absoluto, se ha perdido toda circunspeccion, todo claro concepto, toda determinacion y perfeccion analíticas de las ideas, habiéndose, en cambio, desarrollado por sucesivos trámites el más grosero materialismo y sensualismo, que con tanto sarcasmo responde á la lógica, á la observacion propia y á la estrecha (exacta) investigacion, por suponer que ha encontrado su base más sólida en las ciencias naturales, á las cuales intentó someter las demás, merced á su pretendido «método científico natural,» á todo aplicable. Así es como al presente se desvanece cada vez más en el estudio del Derecho la creencia en

el elevado principio del mismo, que es su alma vivificante y el espíritu de la juventud, de tal modo se aprisiona en el amontonamiento de material, y es de tal suerte llevada al inmediato estudio de las especialidades y de las formas de obtener lucro, que le falta, no ya el tiempo, sino la necesaria libertad de espíritu para atender á las ciencias de cultura general. Por donde se manifiesta más cada dia la indiferencia hácia todo lo sublime, la debilidad espiritual y el rusticismo moral. Pues si se decidiese que era un deber de las autoridades directoras del Estado procurar el mejoramiento de estas condiciones, sumamente perjudiciales á la cultura espiritual y moral, esta intromision tropezaria en las universidades alemanas con sérios obstáculos opuestos por la superior autonomía y el influyente interés. Así que en lo esencial sólo puede esperarse la salvacion de ilustres profesores y especialmente de la misma juventud estudiosa. Solicitamos, pues, de ellos que mediten y examinen los siguientes consejos, esperando que, en cuanto lo consienta la libertad de enseñanza, contribuirán á eliminar los vicios principales.

1. Debe ser restaurado el estudio filosófico, como fundamento de todo desarrollo humano, lo mismo general que particular. El reglamento observado por algunas Universidades (v. gr., Baviera, Bélgica y Austria, hasta 1848) y elogiado por importantes profesores ajenos á ellas (por ejemplo, Schleiermacher), exigiendo que los estudiantes aprueben préviamente el curso de Filosofía si han de pasar á los estudios especiales, tiene ciertamente contra sí la grave dificultad de que exista una separacion demasiado abstracta entre aquellos estudios y los especiales á que deben servir de fundamento (1); pero es, sin embargo, acertado que

(1) No aconsejamos por esto en modo alguno que dicha organizacion, susceptible de mejora en muchos puntos, se abandone. La gran ventaja de haber sido apartada la juventud estudiosa de la triviali-

en la primera época de la instruccion académica se atienda principalmente á las ciencias de cultura general. Pues si se hubiese ya establecido en la Filosofía una parte analítica, como la que inició Krause para producir la reforma radical, parecida á la de Kant, de aquella y para establecer los fundamentos de todas las ciencias filosóficas, habríase con esto determinado el verdadero método. Pero á falta de ella, debe comenzarse por la *Antropología psíquica*, que si no tan formal para todos los estudios como la Lógica, es de una elevada importancia real, y que, como doctrina de la íntima esencia del hombre, constituye el principal fundamento de la Etica ó de la Filosofía práctica en general, y especialmente del derecho penal, y puede además combatir, mediante una aguda observacion, al materialismo en su propio terreno (1). A esta debe seguir, como un segundo estudio filosófico impor-

---

dad y rusticismo de las doctrinas materialistas, que de modo tan petulante se propagan en Alemania, débese en Bélgica á los rigurosos exámenes de materias filosóficas (Lógica, Antropología psíquica, Moral é Historia de la Filosofía) á que se la somete.

(1) Los médicos mismos, resentidos siempre por el contacto con el materialismo, podrian hallar no despreciable compensacion en un discreto estudio de la Antropologia psíquica. Entre los escritos recientes sobre Psicologia antropológica merecen recomendacion: KRAUSE, *Lecciones de Antropologia psíquica (Vorlesungen über die psychische Antropologie)*, 1848, publicadas por mí despues de su muerte, segun su voluntad; LINDEMANN, *Doctrina del Hombre (Die Lehre vom Menschen)*, 1844; FICHTE, *Antropologia (Antropologie)*, 1856, en la cual el autor adopta casi todas las teorías fundamentales de Krause. Mi *Cours de Philosophie*, 2 vol., París, 1838, cuya edicion se halla agotada hace mucho tiempo, y que contiene mis lecciones dadas en París por encargo del Gobierno francés en 1834, se ha traducido al holandés *(a)* por el profesor NIEUWENHUIS, de Leiden, y se publicará á la mayor brevedad tanto en francés como en aleman.

(a) Se ha traducido al español por G. Lizarraga, 1869. Las obras citadas en la nota pueden añadirse TIBERGHIEN, *La science de l'âme*, última edicion de 1879; CASTRO (D. Federico). *Resúmen de las principales cuestiones de la Metafísica analítica*, 1865; ALVAREZ ESPINO, *Elementos de Antropología psicológica*, 1873, y GINER, SOLER y CALDERON, *Lecciones sumarias de Psicología*, 2.ª edicion, 1877.—(*N. T.*)

tante, la *Etica* como el todo sistemático de la filosofía práctica que en los últimos tiempos se ha tratado más profundamente y con mayor extension. Además de estas dos, será de grande utilidad para todo estudiante conocer, ya la Lógica, aunque no sea más que por la lectura, ya, segun las inclinaciones predominantes en cada cual, la Metafísica, la Estética ó la Historia de la Filosofía.

2. El propio estudio científico del Derecho, debe necesariamente comenzar por unas lecciones sobre Enciclopedia y Metodología jurídicas, si es que no debiera ponerse en su lugar la Filosofía del Derecho, cosa que sólo parcialmente puede hacerse. Pero esta Enciclopedia no debe ser puramente formal, como en otros tiempos ocurria, sino que debe exponer tambien con carácter real los conceptos fundamentales y el vínculo que une á todas las partes. La gran ventaja, ó más bien la necesidad de este curso, sólo puede ser puesta en duda por los que ignoran las condiciones psíquicas de la iniciacion de la juventud en una ciencia compuesta de muchas partes y muy vasta por su materia y por los que en general no reconocen ningun principio ni vínculo comun para todas las partes, y tratan una facultad especial como un oficio decente. Este curso corresponde, por su índole, al principio de los estudios donde una costumbre secular lo ha colocado (1).

3. No emplearemos aquí ya más palabras para recomendar la utilidad del estudio de la Filosofía del Derecho. Sí es de lamentar que á consecuencia del modo formal y abstracto de tratar los principios jurídicos, segun el método de Kant,

(1) Las consideraciones de DE SALVANDI *(Revue de Législation* t. XIII, págs. 42 y siguientes) sobre la introduccion de un curso de esta clase en las Facultades de Derecho de Francia y sobre su natural colocacion al principio de los estudios, son muy interesantes y han valido á su autor, á la sazon Ministro, un mérito generalmente reconocido.

se haya aquella desenvuelto en varias direcciones por escritores que no estaban animados sino por una ténue ráfaga de espíritu filosófico, conviene negar el privilegio de pronunciar juicios sobre el valor de la Filosofía jurídica, á los que no se elevaron con sus conceptos sobre el derecho natural y que no han comprendido la reforma moderna. Respecto del lugar que debe ocupar la Filosofía del Derecho en los estudios jurídicos, puede haber pareceres diversos. Si el curso enciclopédico constituye el comienzo y se hace preceder su estudio, á lo ménos, á las instituciones del derecho romano, entonces puede servir de instruccion, aun en la misma Filosofía, la comparacion de los conceptos filosóficos con los positivos. Es, sin embargo, necesario que se desarrollen desde el principio con exactitud en el curso enciclopédico las bases filosóficas.

4. De importancia especial es tambien para el jurisconsulto el estudio en tantos puntos abandonado de la Economía política y nacional. La primera, que como hemos demostrado más de una vez (1), constituye la base económica del derecho real y del derecho de obligaciones, deberia ser estudiada simultáneamente, si no con las instituciones, á lo ménos con el primer curso detallado sobre derecho positivo (Pandectas). Por el contrario, la política de la Economía nacional, distinguirse (como lo ha hecho Rau en su excelente obra) de la teoría de la Economía nacional, y todas las ciencias políticas deben reservarse para una época más adelantada de los estudios, por pertenecer ya al derecho político general.

5. Los estudios históricos que, excepcion hecha de la historia de los pueblos romano y aleman, se hallan descuidados tambien á causa de haberse concedido demasiada importancia á varias materias positivas contra el método de la ciencia (que requiere una exposicion proporcionada) y con-

(1) V. págs. 166 y 261.

tra las necesidades reales, deben ser condensados y merecen particular cuidado.

6. Finalmente, es preciso conceder grande atencion tambien á las ciencias del Estado y políticas, tanto más, cuanto que en esta parte se reclama la reforma esencial y aun la trasformacion de los antiguos principios. Si no se encaminan los jóvenes hácia las rectas doctrinas, su saber se formará en la antigua escuela abstractamente radical y liberal, que ofrece á su eleccion muchas obras, las cuales se descifran fácilmente por su misma superficialidad y que adulan muchas tendencias, á las cuales fácilmente se inclina la juventud. Para rectificar tan peligrosas direcciones, nada tan á propósito como tratarlas científicamente (1).

Para establecer firmemente el órden en los estudios jurídicos, precisa reconocer como principio director, que la ciencia del Derecho debe enseñarse y aprenderse, segun los tres aspectos que no se excluyen, sino que se desarrollan el uno al lado del otro, el *filosófico*, el *histórico* y el *positivo*.

(1) Segun todo lo dicho, deberia recomendarse el siguiente órden de lecciones para un curso de tres años: primer semestre, Enciclopedia jurídica, Historia é Instituciones del derecho romano, Antropologia psíquica, Economía nacional; segundo semestre, Historia del imperio y del derecho aleman, Pandectas, Filosofía práctica; tercer semestre, Derecho privado aleman, Derecho eclesiástico, Filosofía del Derecho, Historia; cuarto semestre, Derecho particular de los países, Derecho penal, Derecho particular del Estado y de la Confederacion Germánica, Derecho internacional, Estadística general; quinto semestre, Procedimiento civil y penal, Medicina legal, Política administrafiva general y alguna otra asignatura filosófica ó histórica; sexto semestre, Derecho de comercio y de cambio, Política de la Economía nacional, Hacienda, Curso de ejercicios prácticos. En un curso de cuatro años y cambiando algo el órden, podrian introducirse además algunas lecciones de cultura general.

ADVERTENCIA.

Los autores de esta traduccion cumplen el deber de manifestar aquí su agradecimiento á algunas personas que han tenido á bien auxiliarles en sus trabajos. Entre ellas merecen especial mencion los Sres. D. Joaquin Costa, á quien se debe la nota (3), p. 240 etc., de este tomo y D. Ilirio Guimerá, autor de las notas (2), p. 261, (1), p. 285, (2), p, 402 y C, p. 460 del tomo II, y de la traduccion de toda la parte de este último volúmen contenido en las páginas 255 á 296 y 340 hasta el final.

FIN DEL TOMO TERCERO Y ÚLTIMO.

ÍNDICE.

LIBRO III.

SISTEMA DEL DERECHO PRIVADO; SUS PRINCIPIOS Y FUNDAMENTOS FILOSÓFICO-JURÍDICOS DEL DERECHO POSITIVO PARA ARMONIZAR EL DERECHO ROMANO Y EL GERMÁNICO ACTUAL.

PÁGS.